

Revista da Faculdade de



Direito

Padre Anchieta

Jundiaí - SP



Ano I - Nº 2 - Agosto / 2000

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. Jundiaí-SP: Sociedade
Padre Anchieta
il. 21cm.

Semestral
Inclui bibliografia

CDU 34(05)

É envolvido no mesmo clima festivo da primeira edição, que se dá a conhecer aos alunos e à comunidade acadêmica em geral, o segundo número da Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, lançada com o intuito de promover a difusão dos temas jurídicos e, ao mesmo tempo, incentivar a criatividade do corpo docente e discente da instituição.

Mais rápida que as demais formas editoriais de se comunicarem relevantes questões de direito, este trabalho aguça a visão, incentiva o estudo e o aperfeiçoamento cultural dos ativistas e militantes, envolvidos no exame dos grandes temas jurídicos da atualidade. E o objetivo vem sendo atingido.

Veja-se que neste segundo número nota-se a expressiva participação da comunidade universitária, revelando a compreensão de todos, a respeito da importância do veículo na elevação do nível de trabalho e de pesquisa, fatores indispensáveis e indissociáveis na melhoria do padrão tanto do ensino quanto do aprendizado.

Assim, além de artigos jurídicos qualificados e inteligentes, este e os próximos números apresentam modificações importantes no aspecto visual, que qualificam e propiciam comodidade aos destinatários da publicação. Seguem ainda, visando ao aperfeiçoamento, novas formas de apresentação de trabalhos que foram elaboradas e que doravante se pretende sejam rigorosamente observadas pelos colaboradores.

Com efeito, esta realidade encontrada, é incentivo valioso para toda a equipe, contribuindo para o crescimento das obrigações dos envolvidos, aprimorando o compromisso de se montarem as novas edições, daqui para frente, num prazo mais curto

Por isso tudo, a alegria redobrada com que se apresenta o segundo número, agradecendo com sinceridade a participação de todos os colaboradores, e aguardando-se as novas contribuições para os próximos volumes.

SULAIMAN MIGUEL NETO

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

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

Conselho Editorial

Alexandre Barros Castro

Cláudio Antônio Soares Levada

João Carlos José Martinelli

Luiz Carlos Branco

Márcio Franklin Nogueira

Secretária

Inês Celina de Oliveira Polini

Correspondência

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

CEP. 13.207-660

Fax – 434-8444 ramal 238

Caixa Postal 240

e-mail: anchieta@anchieta.br

www.anchieta.br

Editoração

Cláudia Marins (Escolas e Faculdades Padre Anchieta)

Tiragem

1.800

Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta.

Índice

Reflexões, ainda, acerca da tormentosa COFINS, seus vícios e sua atual problemática <i>Alexandre Barros Castro</i>	7
A ética e o direito Uma visão comportamental <i>Carlos Eduardo Thomaz da Silva</i>	15
Penalidades ambientais e conscientização ecológica <i>João Carlos José Martinelli</i>	23
As violações dos direitos autorais e as formas de proteção <i>João Omar Marçura</i>	29
Estudos sobre a legalidade e constitucionalidade de lei municipal que busca estabelecer distância entre templos religiosos <i>João Jampaulo Júnior</i>	41
A produção de provas e a atuação do juiz <i>Ricardo Rodrigues Gama</i>	51
Recurso Extraordinário <i>Rolff Milani de Carvalho</i>	61
A cidadania e a efetividade do processo <i>Samuel Antonio Merbach de Oliveira</i>	81
Normas para apresentação de originais	87

Reflexões, ainda, acerca da tormentosa COFINS, seus vícios e sua atual problemática

Alexandre Barros Castro*

O presente estudo é dedicado ao Prof. Dr. Geraldo Ataliba, Mestre de Direito e de vida, paradigma de jurista-doutrinador e modelo irrepreensível de pessoa humana, amigo constante, incondicional e inesquecível: a eterna e dolorida saudade.

Grande discussão tem envolvido os operadores do Direito, mormente no que diz respeito à aplicabilidade da Lei nº 9.718/98, que se refere à exigência da COFINS, à alíquota de 3% sobre receitas provenientes de contribuições, mensalidades, anuidades e taxas de manutenção arrecadadas pelas associações esportivas, sócio-culturais e sindicais sem fins lucrativos.

A seguridade social encontra-se inserida no título VIII de nossa Constituição Social, especificamente em seu capítulo II, estando assim originariamente previsto seu financiamento:

Art. 195- A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, e das seguintes contribuições sociais:

- I - dos empregados, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.
 - II - dos trabalhadores.
 - III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- (grifo do autor)

Com amparo em nossa Lei Maior, a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) foi entre nós instituída com o advento da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, assim dispondo em seu artigo 2º:

Artigo 2º. A contribuição ... será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza (grifo do autor).

A partir de então, inúmeras controvérsias surgiram, sobretudo em razão da

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

necessidade imperiosa de efetiva delimitação do que se entendia por “faturamento”, claramente base de cálculo da exação em questão.¹

Tal elucidação era extremamente importante para as entidades sem fins lucrativos, pois estas, por óbvio, não têm faturamento definido juridicamente nos termos do art. 195, I da Constituição Federal. Assim, no âmbito de sua competência a Receita Federal editou em 22 de abril de 1992, o Parecer Normativo nº 5 explicitando definitivamente a questão:

“... não incide a COFINS sobre as receitas de associações, sindicatos, federações e confederações, organizações reguladoras de atividades profissionais e outras entidades classistas, destinadas ao custeio de suas atividades essenciais fixadas por lei, assembléia ou estatuto.”

Dessa forma, não mais havia o que indagar quanto à absoluta impossibilidade legal de querer impor a exação da referida contribuição sobre as entidades sem fins lucrativos, dentre estas as associações culturais e desportivas.

Em 27 de novembro de 1998, originava-se do Projeto de Conversão da Medida Provisória nº 1.724/98, a Lei nº 9.718 que à guisa de definir faturamento, alargou nitidamente aquele conceito, ao entendê-lo como sendo “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas”.

Em 16 de dezembro de 1998 foi publicada a Emenda Constitucional nº 20/98 alterando o artigo 195 do Texto Maior, ao possibilitar a instituição de contribuição social agora sobre as receitas auferidas pelo contribuinte.

O artigo 12 da referida Emenda, como não poderia deixar de ser, privilegiou o Princípio Constitucional Tributário da Legalidade reafirmando a necessidade imperiosa de lei para a exigibilidade das exações ali instituídas:²

Artigo 12 - Até que produzam efeitos as leis que irão dispor sobre as contribuições de que trata o artigo 195 da Constituição Federal são exigíveis as estabelecidas em lei ao custeio da seguridade social e dos diversos regimes previdenciários. (grifo do autor)

1. *Faturamento* a grosso modo indica o ato de se proceder à extração ou formação da fatura, qual seja, a relação de mercadorias vendidas ou de serviços prestados, com os respectivos preços e quantidades. Na técnica jurídico-comercial, o Supremo Tribunal Federal, através de vasta jurisprudência, já se posicionou designando “faturamento” como a receita bruta advinda da prestação de serviços e venda de mercadorias, ensejadora da imposição prevista no artigo 195, I da Constituição Federal.

Segundo Edvaldo Brito o melhor enfoque literal para “faturamento”, na linguagem técnico jurídico, há de ter um só conteúdo semântico: “é o ato de faturar, de fazer alguma coisa, por isso o Direito Comercial registra ser a fatura o instrumento que exprime a venda já consumada ou concluída, relacionando mercadorias ou artigos vendidos, indicando-se os respectivos preços, quantidade, demonstrações de quantidade, demonstrações de qualidade e espécie, é extraído pelo vendedor e remetido por ele ao comprador.” Cf. “Pis-Aspectos duvidosos para a sua contribuição”, in “Revista Legislação e Jurisprudência Fiscal – uma Revista da Bahia”, agosto/71, Salvador-Bahia.

2. PAULO DE BARROS CARVALHO. “Curso de Direito Tributário”, São Paulo: Saraiva, 4ª edição, 1991, p.4.

A questão acerca da COFINS voltava ao cenário jurídico nacional, novamente trazendo dúvidas e controvérsias aos contribuintes e responsáveis tributários.

O tema não se cinge meramente à semântica, como pode parecer ao leitor menos avisado.

Com efeito, o alargamento do sentido do vocábulo “faturamento” ali abrangendo as “receitas”, tem resultado prático de imensa importância no Direito Tributário.

Paulo de Barros Carvalho em primoroso magistério explicita tal assertiva:

“... a linguagem do legislador é uma linguagem natural, penetrada em certa porção, por termos e locuções técnicas. Nem poderia ser de outra maneira. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentistas... Ponderações desse jaez nos permitem compreender o porquê dos erros, impropriedades, atecniais, deficiências e ambigüidades que os textos legais cursivamente apresentam”³

Claro está, portanto a razão e por certo a evidente possibilidade das impropriedades lingüísticas trazidas no bojo dos textos legais.

Prosegue o mestre da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em irretocável ensinamento:

“... as palavras e locuções plurissignificativas irão desaparecer apenas no altiplano da Lógica Jurídica. Naquele reduto formal, por haver uma estrutura de linguagem, efetivamente unívoca, encontrará o cientista esquemas seguros e precisos para captar o arcabouço da mensagem normativa, uma vez que os termos lógicos têm uma e somente uma significação”⁴

Gize-se, por ser essencial, fazê-lo que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ao acolher voto do Ministro Marco Aurélio que ensejou o acórdão proferido no RE nº 166.772-9-RS preconizou ser defeso, conferir a uma mesma locução empregada pela Constituição Federal relativamente a matérias distintas, sentidos diversos, conforme entenda o Poder Executivo na ânsia de melhor atender seus interesses. É o que se denota por trecho da ementa do julgado em questão, trazida à colação do leitor, ante a fidelidade que se impõe ao caso:

3.Op. cit. p. 5.

4.DE PLÁCIDO E SILVA. “*Vocabulário Jurídico*”, volumes 1 e 2, Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.p. 275-7 (v. 1) e 35 (v.2).

“O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem de tempo por força de estudos acadêmicos quer no caso do Direito, pela autuação dos Pretórios.”

Resta iniludível que a questão não está apenas na nítida diferenciação existente entre os signos “faturamento” e “receita”, mas, também e sobretudo em analisar se tal alargamento exacional poderia efetivamente ser albergado pelo atual sistema tributário nacional, mormente em função do veículo normativo que o fez ali adentrar.

Ao modificar os contornos e a natureza da base de cálculo da COFINS, alterando-a de “faturamento” para toda e qualquer “receita”, independente da classificação contábil que se lhe confira, parece-nos óbvio que o legislador exorbitou de sua competência, pois terminou por definir outra contribuição, distinta da preconizada pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

Senão vejamos: o artigo 195 § 4º da Constituição Federal exige imperiosamente a lei complementar como único veículo normativo apto para inovar na órbita tributária, no que tange à criação de outras contribuições que não as previstas no caput do aludido preceito legal.

Não há dúvidas, reitera-se, que o alargamento da base de cálculo da COFINS, albergando não só o faturamento mas agora toda e qualquer receita, constitui-se verdadeiramente em nova contribuição, o que resulta em inequívoca ofensa ao texto legal.

Assim, a Lei nº 9.718/98 é absolutamente inconstitucional, não havendo como querer albergá-la sob o manto da Emenda Constitucional nº 20/98.

A distinção semântica dos vocábulos “faturamento” e “receita”, é clara e inafastável; querer assemelhá-los é uma afronta à lógica jurídica.

De Plácido e Silva, em sua renomada obra “Vocabulo Jurídico”, deixa clara tal distinção:

“Fatura é o documento representativo da venda já consumada ou concluída, mostrando-se o meio pelo qual o vendedor vai exigir do comprador o pagamento correspondente, se já não foi paga e leva o correspondente recibo de quitação ... Faturamento, derivado de fatura, quer significar o ato de proceder à extração ou formação de fatura... Receita, importa num recebimento de dinheiro, ou de soma pecuniária, na significação econômica e financeira, jurídica ou contábil, receita resulta sempre de uma entrada de numerário, recebimento de dinheiro ou arrecadação de verbas”.⁵

5.Op. cit. p. 37.

É absolutamente tautológico, querer assemelhar receita e faturamento, pois este antecede cronologicamente àquela; e mais: a receita não necessita obrigatoriamente que haja existido qualquer faturamento anterior, razão pela qual tais institutos são claramente distintos.

Aliás, o próprio Legislador Constituinte assim entendeu, tanto que ao se aperceber de tal diferenciação, entre “faturamento” e “receita”, decidiu alargar os limites da exação, albergando agora também, as receitas, prova cabal da distinção que aqui se quer atestar. Desta forma, o Constituinte deixou aberta a possibilidade, outorgando competência à lei complementar para abranger também as receitas, e não mais, apenas, o faturamento.

Com efeito, somente com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 tal alargamento passou a ser possível, o que por óbvio, torna defeso a qualquer ato normativo anterior à sua edição tal ampliação da base de cálculo da contribuição em apreço, sob pena de inafastável inconstitucionalidade.

Ora, a aludida Emenda Constitucional data de 16 de dezembro de 1998 e a Lei nº 9.718 de 27 de novembro do mesmo ano, em momento, portanto anterior à norma que alterou o Texto Maior.

Cumprir ressaltar tal lapso temporal: a Emenda à Lei Fundamental, que propiciou a inclusão das receitas na base de cálculo da COFINS, adentra no mundo jurídico depois do ato normativo que assim já havia disciplinado! A inconstitucionalidade salta aos olhos de todos.

Como cediço dentre os doutrinadores de tomo, as Emendas à Constituição Federal (art. 60 da CF) são hierarquicamente superiores às Leis Complementares (art. 61 da CF), não havendo, por óbvio como querer inverter tal ordem.

Uma vez mais nos valem dos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho:

“Por fontes do direito havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada...”

O direito positivo, visto como um sistema de estrutura piramidal, nada mais é que uma hierarquia de fontes normativas, onde encontramos no ápice, a assembléia constituinte, na condição de fonte superior e, abaixo, os demais núcleos produtores de regras, em disposição vertical que culmina nos focos singulares de quem promanam os preceitos terminais do sistema”.⁶

Não há como querer impor ao contribuinte, sentido lato, a exigência da COFINS sobre a receita disciplinada pela Lei nº 9.718/98, por indiscutível inconstitucionalidade da mesma.

Nosso posicionamento encontra guarida em recente decisão da Juíza Federal Substituta da 16ª Vara de São Paulo, Dra. Diana Brunstein:

6.ALEXANDRE BARROS CASTRO. *Procedimento Administrativo Tributário*. Editora Atlas: São Paulo, 1996, p.97.

“COFINS – Receita Bruta – Inconstitucionalidade Liminar.
Processo nº 1999. 61.00.005648-8
Vistos etc.

A edição posterior da Emenda Constitucional nº20/98 não tem o condão de constitucionalizar atos legislativos anteriores a sua promulgação. Nesse passo, tudo indica que a Lei 9.718/98 ao elevar a alíquota da COFINS e mudar o conceito de receita bruta, padecia de vício de inconstitucionalidade quando de sua edição, não sanável por emenda constitucional posterior. Por essas razões presente o “fumus boni juris” aliado ao “periculum in mora” decorrente da exigência do tributo a maior, defiro a liminar almejada para assegurar à Impetrante, até posterior deliberação deste Juízo, o recolhimento da CONFINS nos termos da Lei Complementar 70/91, sem as alterações veículas por força da Lei nº 9.718/98.

Notifica-se a autoridade impetrada para prestar informações no prazo legal. Na seqüência, remetam-se ao Ministério Público Federal e após, voltem conclusos para prolação de sentença.

Int.

São Paulo, 17 de fevereiro de 1999.

Diana Brunstein - Juíza Federal Substituta – 16ª Vara.

Observamos ainda, conforme linhas por nós já traçadas, que os Princípios Constitucionais Tributários são as vigas mestras que sustentam todo o ordenamento jurídico nacional no que concerne a tributos. Formam a base de todo o corpo jurídico tributário, dando-lhe as características principais a partir das quais todo o sistema se estrutura, funcionando como verdadeiros alicerces de toda a ordem jurídica.⁷

Invocamos aqui os ensinamentos do mestre Roque Antonio Carrazza que a propósito verbera:

“Usando, por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e por Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, seus alicerces e suas vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem sua importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso ter conhecimentos aprofundados de Engenharia para saber-se que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela ou

7. ROQUE ANTONIO CARRAZA . *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2ª edição, 1991, pp. 25-7.

até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que suas portas, janelas, luminárias, paredes etc., estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes “alicerces” e estas “vigas mestras” são os princípios jurídicos, ora objeto de nossa atenção.

(...)

Evidentemente, os princípios são encontráveis em todos os escalões da “pirâmide jurídica”. De fato, há princípios constitucionais, legais e até infralegais.

Dentre eles, os constitucionais, sem dúvida alguma, são os mais importantes, já que sobrepassam aos outros princípios e regras (inclusive às contidas na Lei Máxima).⁸

O Princípio da Tipicidade ou Tipologia Tributária está, como notório, implicitamente previsto no Sistema Tributário Nacional, tendo por escopo aclarar o contribuinte que tipo de tributo está lhe sendo exigido: imposto, taxa ou contribuição (social ou de melhoria), demarcando-lhe, ainda, de forma a não deixar dúvidas, todos os elementos que integram a regra-matriz de incidência tributária: sujeitos ativo e passivo da exação fiscal, base de cálculo, alíquota etc.

É óbvio que a Emenda Constitucional nº 20/98 carece de uma precisa elucidação sobre o que efetivamente venha a ser “receita”, a fim de que o contribuinte (sentido lato) tenha absoluta certeza da exação que se lhe está impondo. Não fazê-lo, resulta em inafastável violação àquele Princípio Constitucional.

Particularmente, no que se refere às entidades sem fins lucrativos, como sindicatos, associações esportivas etc, caberá ainda apurar se as mesmas auferem efetivamente receita, nos termos a serem estabelecidos por lei infraconstitucional.

Portanto, a pretexto de remate, cremos que por todos os lados que se estuda a questão, é impossível querer visualizar a Lei nº 9.718/98 como constitucional.

Resulta daí, nossa convicção inafastável de que as entidades esportivas sócio-culturais e sindicais sem fins lucrativos não se encontram sujeitas ao império da Lei ora guerreada⁹.

8.A medida provisória n.º 1.858-6, de 29 de junho de 1999, veio por ocasião de seu art. 13, IV, combinado com o art. 14, X, a elencar como isentas do recolhimento da COFINS as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei n.º 9.532, de 1997, o que corroborou integralmente com o explicitado neste parecer. A questão, no entanto, continua com matizes iniludivelmente inconstitucionais no que diz respeito a entidades ou atividades não inseridas no campo isencional pela MP em apreço e que em decorrência permanecem sendo tributadas a título da COFINS com a alíquota majorada e com sua base de cálculo alargada, consubstanciando inequívoca inconstitucionalidade.

9.A medida provisória n.º 1.858-6, de 29 de junho de 1999, veio por ocasião de seu art. 13, IV, combinado com o art. 14, X, a elencar como isentas do recolhimento da COFINS as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei n.º 9.532, de 1997, o que corroborou integralmente com o explicitado neste parecer. A questão, no entanto, continua com matizes iniludivelmente inconstitucionais no que diz respeito a entidades ou atividades não inseridas no campo isencional pela MP em apreço e que em decorrência permanecem sendo tributadas a título da COFINS com a alíquota majorada e com sua base de cálculo alargada, consubstanciando inequívoca inconstitucionalidade.

A ética e o direito Uma visão comportamental*

Carlos Eduardo Thomaz da Silva**

1. Sobre Ética, Moral e o relacionamento com o Direito

Os conceitos de Ética e de Moral se confundem ao longo da história da evolução humana, e por isso se faz mister esclarecê-los. Neste texto, assumiremos uma diferença entre os termos Ética e Moral, fazendo com que o primeiro não se confunda com o segundo, no sentido que entenderemos Ética como uma parte integrante e essencial da Moral. Portanto, inserindo a Ética dentro da conceituação e do entendimento da Moral, apresentaremos, inicialmente, uma breve discussão sobre o todo, a Moral e, posteriormente, sobre a Ética. Mais adiante, trataremos da interrelação destes conceitos com o conceito de Direito, perfazendo assim a nossa jornada de relacionar a Ética ao Direito.

2. Sobre o conceito de Moral

Por Moral entendemos a resultante de todo o tipo de *ação comportamental*, expressa ou implícita, com repercussão material ou imaterial (pertinente ao âmbito das ações psicológicas, incluindo comportamentos resultantes de desejos, sentimentos e emoções), que, de nenhuma forma, deveria (pelo menos em tese) ser passível de *sanção* (na esfera jurídica). A Moral, uma vez conceituada como ação comportamental, irá ser determinada diretamente pelo executor da ação, isto é, o homem, e indiretamente (mas não menos incisivamente) pela influência que este venha a sofrer do *grupo social* em que está inserido.

2.1. Ações comportamentais

Os comportamentos humanos apresentam características que envolvem a atuação de um componente orgânico (resultante da atividade de diversos sistemas de funcionamento orgânico, tais como sistema esquelético-ósseo, muscular, ou nervoso) e de um componente psicológico (este, resultante das atividades psíquicas - mentais - sempre apoiadas no substrato orgânico, principalmente no sistema nervoso central ou periférico). Tais características podem (e na realidade devem) ser analisadas através da exteriorização dos processos complexos e intrincados

* Orientação e supervisão bibliográfica do Prof. Mestre José Ailton Rodrigues dos Santos

** Psicólogo; Pós-Doutorado pela UCLA; Ph.D. e M.A. em Psicologia pela UClrvine, USA; Pós-Graduação em Filosofia da Educação pela PUCCAMP; Psicólogo pela PUCCAMP; Professor Titular de Psicologia de Graduação e de Pós-graduação da FITO- Osasco; Professor Titular de Psicologia, Supervisor Clínico e Diretor do CPA da FAPPA; Psicólogo Clínico e Diretor do Instituto de Psicologia Médica de Campinas e do de Jundiaí; Aluno do 1.º ano do Curso de Direito da FADIPA.

de ambos os componentes, orgânico e psicológico. Um não existe sem o outro. Mais precisamente, um não se realiza, não se materializa, nem atinge os seus fins sem a interrelação com o outro. Temos então, na verdade, comportamentos humanos que, quase indistintamente, são orgânicos e psicológicos. A realização destes comportamentos se dá no meio social, e representa as ações comportamentais individuais que repercutirão no referido meio social.

2.2. Cultura, micro e macrossocial

O grupo social ao qual o agente da ação comportamental pertence, apresenta uma característica sobrepujante, de qualidade imensurável, que é a *cultura*¹. A cultura, de forma expressiva e inexorável, acaba por determinar ao grupo social quais os comportamentos (ou condutas), tradições e costumes que seus integrantes deverão ter. Se dividirmos o grupo social (emprestando os conceitos da Sociologia), verificaremos que a cultura advirá de sistemas conhecidos como micro e macrossociais. O primeiro, restrito aos parâmetros impostos pela família e por seus agregados². Já no macrossocial, incluiremos os demais indivíduos³ que fazem parte do grupo social do referido homem, completando assim a somatória de todos os componentes deste mesmo grupo social.

Dito isto, torna-se mais clara a noção de que as influências culturais sofridas pelo homem serão tão mais intensas quanto forem a proximidade e a inter-relação dos elementos dos grupos, sejam estas nas esferas micro ou macrossocial. Detectamos então, que a Moral do homem estará sempre vinculada ao que lhe é “passado”, via interação com os referidos grupos, nunca podendo, no entanto, este homem isentar-se de tais influências.

2.3. Psicologia e personalidade

Apelando para a Psicologia, aprendemos que o homem em desenvolvimento seguirá um curso mais ou menos previsível, no qual o desenvolvimento de sua personalidade⁴ (uma das áreas do desenvolvimento humano) entra como parte integrante e fundamental. Uma vez que, para a formação da personalidade utilizaremos atributos como cognição, afetividade, relacionamentos interpessoais e controle dos impulsos, fica inadmissível a exclusão das influências (um tanto quanto significati-

1. Por cultura entenderemos as realizações e desenvolvimentos de uma sociedade, nos seus diversos aspectos, sejam de conhecimentos, de idéias, de padrões comportamentais, de atitudes, e de produções técnicas e materiais (relevando somente os principais aspectos sociológicos).

2. Por família entendemos pai, mãe, irmãos, ou outros substitutos que vivam na mesma casa, diretamente ou indiretamente relacionando-se com o homem em questão; e por agregados entendemos os indivíduos que convivam diretamente ou indiretamente com o homem - empregados, ou aqueles que façam parte da estrutura familiar mais abrangente, tais como avós, tios, primos ou outros familiares.

3. Por demais indivíduos entenderemos os integrantes dos grupos sociais da escola, do trabalho, do clube, da vizinhança, enfim, os demais membros da sociedade em que o indivíduo está inserido.

4. O conceito de personalidade está vinculado a padrões persistentes e duradouros de percepção e de pensamento de si mesmo, dos outros e do ambiente, e são exibidos em uma variedade de contextos pessoais e sociais.

vas) das características culturais (pois estas são parte integrante no desenvolvimento da personalidade).

Os atributos para o desenvolvimento da personalidade estão diretamente relacionados aos fatores de ordem cultural aos quais o indivíduo está sujeito. A cognição, responsável por toda sorte de aquisição de conhecimentos por parte do indivíduo, utiliza-se dos processos da sensação e da percepção, da memória e da evocação dos materiais retidos, da linguagem, da inteligência, de todos os tipos de raciocínio (abstrato, concreto, mecânico, entre outros), da lógica e da razão, para garantir que aquele possa “conhecer” e “reconhecer” o mundo em que vive, incluindo-se aqui o conhecimento de si mesmo, dos outros, e das “coisas”. A afetividade, entendida aqui como um padrão de comportamentos observáveis que são a expressão do estado de sentimento subjetivo (emoção), está estritamente relacionada ao atributo relacionamento interpessoal. O relacionamento interpessoal deve ser entendido aqui como o conjunto de relações estabelecidas entre os membros do grupo social, variando desde a família até os mais distantes socialmente. O controle dos impulsos regula a materialidade das emoções, pensamentos e sentimentos, norteando os limites do escopo das ações comportamentais de cada indivíduo, impedindo, de um lado, que ele se exceda impulsivamente sobre os outros ou sobre as “coisas”, e de outro, permitindo a realização de suas necessidades básicas sociais e de sobrevivência. Desta forma, temos que a personalidade se manifesta efetivamente pela exteriorização dos atributos acima referidos, sempre em sintonia com os fatores culturais inerentes ao grupo social a que o indivíduo pertence.

2.4. Moral, cultura e personalidade

Posto isto, em síntese, temos que a Moral esta ligada aos conceitos de grupos de ordem micro e macrosociais, da cultura advinda destes mesmos grupos, do desenvolvimento em geral, e especialmente de desenvolvimento da personalidade. Portanto, as noções morais de um indivíduo adviriam destas influências todas, dando-se este processo ao longo do seu desenvolvimento pessoal, e de sua vida. Noções estas que, culturalmente, devem ter evoluído juntamente ao próprio desenvolvimento do ser humano, ao longo dos tempos, e definitivamente variando de grupo para grupo. Não podemos esquecer que os mesmos fatores culturais que influirão no desenvolvimento da personalidade do indivíduo estão em um processo dinâmico de mudanças, sendo atualizados, renovados e reiterados constantemente pelo grupo social. Tais movimentações são sempre acompanhadas pelo indivíduo, que inequivocamente as incorpora ao seu repertório cultural. Estabelece-se aqui, um paradigma entre a Moral, as influências culturais e a formação e o desenvolvimento da personalidade, mantendo-se como invariante o crescimento intelectual, moral e na esfera dos relacionamentos do indivíduo. Crescimento este, que cada vez mais qualifica o indivíduo a atuar no seu meio social, incrementando-lhe as oportunidade de acerto nas ações comportamentais.

3. Sobre o conceito de Ética

Admitamos, como proposto acima, que a Ética seja uma parte integrante e singular na composição do conceito de Moral. Uma vez que a base das noções morais representa a resultante da interação entre a cultura e o desenvolvimento da personalidade do homem, e esta personalidade apresenta características únicas, seria de se esperar que encontrássemos diferenças significativas na visão, na orientação de condutas e, portanto, na resultante da ação comportamental de cada indivíduo, tido, neste caso, como unidade integrante do grupo social. Sabemos, no entanto, contradizendo aparentemente o exposto acima, que a Moral de um determinado grupo social, mesmo em função das diferenças significativas acima citadas, não apresenta discrepâncias “tão” divergentes em gênero e em grau. O que na realidade, se apresentasse, acabaria por inviabilizar a convivência entre os próprios membros do referido grupo. Neste caso, devemos apurar qual o papel, se algum, das referidas diferenças individuais de ação comportamental resultantes do desenvolvimento idiossincrático da personalidade, que na realidade, não são tão incisivas assim, ao ponto de ameaçar a destruição do grupo, mas que existem e podem ser contabilizadas através de avaliações psicológicas dos indivíduos.

3.1. Diferenças individuais

A pergunta a ser feita neste ponto seria com relação àquelas diferenças sutis, encontradas no dia-a-dia do grupo, e que culminariam, eventualmente, com diferenças individuais mínimas, diferenças estas, que nem em forma e nem em espécie, destruiriam a harmonia interna do grupo social, como já mencionado acima. Se a interpretação da norma moral se dá (admitamos conclusivamente) de forma individual (admitindo as diferenças de personalidade), seria de se esperar, no mínimo, que os indivíduos emitissem ações comportamentais particulares, nem sempre em consonância com o esperado pelo grupo social, ou por normas morais imperativas.

Uma resposta seria a possibilidade de que o homem (imiscuído nos processos de desenvolvimento de personalidade e de respostas sociais) se utilizaria de algum outro recurso para, mesmo com ações comportamentais sutilmente distintas (e às vezes até discrepantes), sobreviver adequadamente no grupo, sem jamais instigar a sua destruição. Indo mais além, poderíamos supor que uma discrepância nada sutil poderia, eventualmente, determinar o afastamento, a discriminação, ou até mesmo a eliminação do indivíduo do grupo social a que pertence. O recurso utilizado pelo homem, para atenuar as diferenças, no nosso entender, seria a Ética.

3.2. Ética e personalidade

Por Ética entendemos as nuances decorrentes das particularidades das características de personalidade que cada homem, de forma singela, desenvolveria ao longo de sua existência. Em decorrência de uma visão idiossincrática das normas morais, “passadas” pelo grupo social, mesmo que fortemente arraigadas em função da cultura, do desenvolvimento e da evolução histórica do grupo, o homem

acabaria por destoar na crença ou mesmo na aplicação das suas ações comportamentais. A idiosincrasia estaria justificada pelo desenvolvimento único da personalidade de cada homem, que sofreria de forma particular, as influências provenientes do grupo social, e à elas reagiria a seu próprio modo. Como resultante das diferenças geneticamente herdadas, somadas às influências culturais (e porque não dizermos morais), e em razão das determinantes que emergem dos relacionamentos interpessoais, teríamos o que nos parece logicamente um fato, o de que cada homem é um, diferente totalmente dos demais. A Ética seria, portanto, determinada pela diferenciação intrínseca de cada uma das características de personalidade que o homem desenvolveu ao longo de sua formação e, porque não dizer de sua vida.

A premissa de que a personalidade de cada homem é única, garante que a sua ação comportamental possa, ou mesmo deva, definitivamente diferir das dos demais. Neste caso, a Moral seria como o guarda-chuva que abrigaria, necessariamente e inequivocamente, em seu resguardo, um homem diferenciado pela sutileza do que chamamos Ética.

Neste ponto, mesmo sem adular a norma moral vigente no grupo social, o homem poderia utilizar-se de noções tais, que o levariam a ações comportamentais únicas, que poderiam em sua essência, ser sutilmente divergentes do padrão esperado, resguardando-se na sua própria movimentação ética. Os valores empregados na apuração das sutilezas das ações comportamentais do homem, estariam vinculados diretamente à eficácia terminal de suas ações, e seriam julgadas como sendo éticas, se jamais extrapolassem os limites da norma moral em questão.

Os padrões éticos de cada indivíduo seriam, pelo menos em espécie, diferentes dos padrões dos outros. Os pontos coincidentes em nada afetariam a sua conduta dentro do grupo. Os divergentes, estariam necessariamente inclusos no âmbito circunstancial da aplicação da norma moral. Daí a resultante de termos indivíduos com padrões éticos diferentes de outros indivíduos, comungando internamente no mesmo grupo social. Como as características de personalidade terminam por se desenvolver diferentemente em cada indivíduo, temos, por fato, que os padrões éticos dos indivíduos pertencentes ao grupo, na realidade, são diferentes.

Seguindo esta lógica, teremos que as ações comportamentais individuais jamais se realizarão em uníssono com outras, digamos de outros indivíduos. Isto significa que cada indivíduo terá um perfil ético diferenciado dos demais. Novamente, ao analisarmos o perfil ético de um indivíduo comparando-o com o de outro, verificaríamos que as coincidências pertinentes passariam totalmente despercebidas, enquanto que as discrepantes se fariam notar, de acordo com e dentro do grupo social cuja norma moral é imperativa.

4. Sobre a relação entre a Moral, a Ética e o Direito

Se, inadvertidamente, confundirmos Moral e Ética, estaremos retirando o que de mais sagrado existe no ser humano, isto é, a sua característica una, a de ser um só, jamais igualado a outrem. A conclusão, não tão óbvia, mas incontestá-

vel, de que cada homem é um ser único, à luz do Direito⁵, nos remete a questionamentos sobre os efeitos das ações comportamentais gerais, que em suma, poderiam garantir a existência dos grupos sociais, ou ao contrário, poderiam garantir a aniquilação dos mesmos grupos. Com suas nuances de personalidade, cada homem poderia, ou até deveria agir de modo próprio (arbitrário), e terminar por desconhecer-se dentro de seu próprio grupo social.

Neste ponto, temos que admitir que, mesmo que as diferenças mínimas de personalidade fossem fortes e significativas (constituindo os seus valores éticos), seus efeitos jamais alcançariam o todo, que é a Moral. Da mesma forma que com esta última, as sanções⁶ não estariam aplicadas às diferenças na Ética individual. Surge então, frente a possíveis e aparentemente inevitáveis diferenças individuais, a necessidade de normatização das ações comportamentais, especialmente para aquelas que surgissem em decorrência das citadas nuances de personalidade destoantes.

Coube ao grupo social, historicamente, evoluir do livre pensar e do livre agir, para o pensar e agir conforme normas que, supostamente, teriam sido criadas e existiriam para regular “todas” as ações humanas, para que se pudesse evitar que as características (de personalidade e de conduta) humanas colidissem umas com as outras, evitando-se assim um suposto e inevitável caos.

A Ética (ou melhor, o perfil ético), como característica una de cada indivíduo (como proposto acima), acaba sendo de certa forma vilipendiada pela existência das normas jurídicas (advindas do estado de Direito), e estas, acabariam tolhendo as arestas particulares em função do todo da sociedade.

5. Última parada

As normas e as leis do Direito, embora sejam resultantes do desenvolvimento histórico, político, cultural e jurídico provenientes do grupo social, nem sempre levam em consideração o momento existencial de cada homem em particular. Por mais desenvolvida que seja uma sociedade, existirão sempre aqueles que, por suas nuances idiossincráticas de personalidade, terão uma enorme dificuldade de acomodação dentro do sistema a que são submetidos.

A presença das normas e leis, ou mesmo do sistema jurídico em si, não garantem, em nenhuma instância, que a personalidade do indivíduo se adapte a elas, e conseqüentemente se submeta, consinta. A “desapropriação indébita” do “eu” do indivíduo o faz menos, inferior, porque ao submetê-lo, incoerentemente, o torna igual a todos os outros. Só este fato aniquilaria a particularidade mais significativa do homem, a de ser uno, e de trazer consigo um perfil ético particular, próprio.

5. O conceito de Direito está ligado à Ciência que normatiza o comportamento e a conduta humana.

6. O conceito de sanção está diretamente ligado à aplicação de restrição, punição ou outro método que coíba o comportamento ou conduta humana que desrespeite alguma norma jurídica.

Os princípios Morais devem ser tomados como diferenciados dos princípios Éticos, pois neste último repousa a característica essencial de se ser “ser humano”, isto é, único. Os poderes advindos das sanções impostas pelo sistema jurídico nivela os homens, rebaixando-os à uma categoria inferior, e estuprando o que eles têm de mais precioso, isto é, o seu próprio “eu”, sua própria personalidade, enfim seus mais profundos e preciosos valores éticos.

Infelizmente, a evolução da humanidade nos remeteu a um ponto tal, que muitos destes “valores éticos” passaram a ser meras qualidades indesejáveis, porque em primeiro vem o Bem Comum, em detrimento ao Bem Particular. Inexoravelmente o homem está fadado a recolher-se em si mesmo, e aderir, submetendo-se e consentindo ao poder supremo da sociedade em que vive.

O Bem Comum, objetivamente traçado, retira do homem “uno” a subjetividade inerente à sua qualidade de animal racional. O custo operacional do desenvolvimento da personalidade (processo este que se dá ao longo dos anos), a utilização da razão e da lógica, e o incremento incessante das capacidades cognitivas do homem, culminam na formação de um ser, que ao consentir, estará anulando sua subjetividade única em favor do Bem Comum, e em detrimento ao seu próprio “eu”.

Seguramente, a normatização das ações comportamentais invade, impiedosamente, as características éticas do indivíduo. Em função disto, deve a sociedade, detentora suprema do poder jurídico, repensar seus métodos e as próprias aplicações destes. O posicionamento de que as normas jurídicas são os ditames, na maioria dos casos, do que não se pode ou não se deve fazer, não raras vezes promove a alienação do homem. Com o desenvolvimento do Direito, cada vez mais normatizado e objetivado, vai-se aos poucos retirando as possibilidades do aparecimento das nuances das ações comportamentais, fruto da personalidade de cada um. Diminui-se, com isso, o espaço de atuação da ética individual, restringindo o escopo da Moral, e robotizando, em um automatismo inexorável e devastador, o objeto da própria Ciência Jurídica, o homem.

Bibliografia

ARON, Raymond. (1985) *Estudos Políticos*. 2ª Ed., Trad. de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. (1995) *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-IV*. 4ª Ed., Trad. de Dayse Batista, Porto Alegre: Artes Médicas.

BAKER, Sir Ernest. (1978) *Teoria Política Grega - Platão e seus Predecessores*. Trad. de Sérgio F. Guarischi, Brasília: Editora Universidade de Brasília.

- BEE, Helen. (1996) *A Criança em Desenvolvimento*. 7ª Ed., Trad. de Maria Adriana V. Veronese, Porto Alegre: Artes Médicas.
- CRICK, Bernard. (1981) *Em Defesa da Política*. Trad. de Juan Gili Sobrinho, Brasília: Editora Universidade Brasília.
- DAHL, Robert. (1988) *Análise Política Moderna*. 2ª Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. (1998) *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 Ed., São Paulo: Editora Saraiva.
- DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. (1979) Trad. de Maria J. C. F. M. M. Mendes, Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- EY, Henry, P. Bernard e C. Brisset. (1985) *Manual de Psiquiatria*. 2ª Ed., Trad. de Paulo Cesar Geraldos e Sônia Ioannides, São Paulo: Editora Masson.
- KAPLAN, Harold, B. J. Sadock e Jack A. Grebb. (1997) *Compêndio de Psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica*. 7ª Ed., Trad. de Dayse Batista, Porto Alegre: artes Médicas.
- LYRA, Roberto Filho. (1995) *O que é Direito*. 17 Ed., São Paulo: Editora Brasiliense.
- NADER, Paulo. (2000) *Introdução ao Estudo do Direito*. 18ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (Coord, e Organiz.). (1993) *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10*. Trad. de D. Caetano, Porto Alegre: Artes Médicas.
- SANTOS, José Luiz dos. (1985) *O que é Cultura*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Brasiliense.
- VALLS, Álvaro L. M. (1994) *O que é Ética*. 9ª Ed., São Paulo: Editora Brasiliense.
- WEFFORT, Francisco C. (1991) *Os Clássicos da Política*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Ática.

Penalidades ambientais e conscientização ecológica

João Carlos José Martinelli*

A Lei 9.605, em vigência desde março de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de comportamentos e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, entre elas, a polêmica questão dos balões juninos, com a qual ilustramos as denominadas “infrações de mera conduta”. Entretanto, paralelamente à repressão, é preciso estimular a conscientização ecológica e acentuar o potencial de compromisso dos cidadãos na administração dos bens naturais - essenciais à própria sobrevivência humana.

Desde o dia trinta de março de 1998 está em vigor a **LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS** (Lei 9.605/98), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. Ela estabeleceu inclusive, pela primeira vez no Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Assim, as empresas que prejudicarem a natureza, responderão pelos danos acarretados e tal circunstância não exclui as pessoas físicas que dirigem as firmas. Serão punidos os dois: a companhia e seus dirigentes.

Aprovada após sete anos de discussão e com intensa negociação no Congresso, a atual legislação consolidou regras dispersas em vinte e cinco outras normas legais sobre fauna, baleia, agrotóxicos, etc., e sessenta e sete decretos; transformou em crime o que antes era considerado apenas contravenção penal e estruturou juridicamente o IBAMA propiciando-lhe melhores condições de atuar junto ao Poder Judiciário contra os infratores (existem nos Tribunais mais de oitenta mil ações desse tipo, mas no entanto, no ano de 1997, o Instituto só conseguiu recolher seis por cento das multas aplicadas). Ela também resguarda os bens culturais, principalmente aqueles protegidos por seu valor histórico, paisagístico, cultural ou artístico e classifica como crime a destruição ou deterioração -intencional ou não- de arquivos, registros, museus, bibliotecas, pinacotecas, instalação científica ou similar.

Apesar das controvérsias em torno dos dez vetos presidenciais e de alguns preceitos nela inseridos, entendemos que essa lei, além das inovações que apresentou no campo de proteção ao meio ambiente, revelou-se da máxima importância por estimular pela primeira vez em nosso país, o debate sério sobre a situação ambiental. A qualidade de vida se caracteriza hoje como um bem essencial à existência dos seres vivos em geral, principalmente à sobrevivência dos humanos e o legislador não poderia furtar-se ao dever primário de interpretar a vontade social.

* Advogado, Jornalista e Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá

CONSCIÊNCIA ECOLÓGICA

A palavra “ecologia” foi criada em 1869 por um biólogo alemão chamado Ernest Haeckel, que reuniu duas expressões derivadas do grego: “oikós”, que significa casa, ou, em sentido mais amplo, recinto, local onde se vive; e “logos”, que pode ser traduzida por conhecimento, análise e pesquisa. Dessa maneira, podemos conceituar ECOLOGIA como a ciência que estuda as relações entre seres vivos e os ambientes em que vivem. Consciência ecológica é a preocupação em lutar para manter, nesses espaços, o equilíbrio natural que garante a continuação da vida sobre a Terra.

O exercício da cidadania é o caminho para construir essa noção ambiental como componente essencial de uma existência salutar, principalmente no contexto atual, marcado muitas vezes pela omissão do Poder Público e pela exacerbação de atitudes individualistas, que nada fazem senão piorar os cotidianos urbano e rural, agravando os riscos para toda a população -em particular para os grupos sociais que vivem em condições mais precárias e com menos acesso aos serviços básicos.

Em 1972, a Organização das Nações Unidas - ONU, promoveu em Estocolmo, capital da Suécia, a Primeira Conferência Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, para discutir os graves problemas que afligem o naturalismo em nosso planeta. Na ocasião, delegados de cento e nove países decidiram estimular a conscientização sobre a preservação mesológica e acentuar o potencial de compromisso dos cidadãos em geral diante do problema da degradação sócio ambiental.

Diante desse quadro, portanto, a questão não pode se exaurir apenas com a promulgação e vigência de diplomas legais pertinentes. É preciso aparelhar os órgãos responsáveis para fiscalizar concretamente o cumprimento das regras; dotá-los de técnicos especializados, capazes de detectar e solucionar os problemas; impor as medidas cabíveis aos transgressores, que muitas vezes são os próprios agentes dos órgãos oficiais e não recuar frente às investidas econômicas e interesses meramente consumistas. José de Sampaio Goés, diretor de Meio Ambiente da Sociedade Rural Brasileira (SRB), em artigo que fez publicar junto ao Suplemento Agrícola do jornal “O Estado de São Paulo”(28.01.98- pág.02) revelou o atual descaso para com os recursos naturais:- “O modelo econômico do mundo moderno não se preocupa em respeitar o modelo econômico da natureza, pois despreza o fato que nosso planeta tem uma capacidade limitada para produzir os recursos naturais que utilizamos. A continuar nesse caminho, faremos o planeta naufragar sob o peso de nossas exigências”.

Não podemos assim continuar utilizando bens e serviços ambientais sem atribuir-lhes o devido valor, incluindo sua depreciação. A natureza finita se transforma em mercadoria e por isso mesmo, agrava o atual quadro de exclusão social, de miséria. A finitude dos recursos naturais é proporcional ao seu valor econômico. A aspiração ecológica faz parte da dignidade humana, razão pela qual a proteção ao meio ambiente não é uma tarefa exclusiva das autoridades, mas um pacto de

toda a sociedade, devendo-se estabelecer programas de conscientização diretamente comprometidos com a formação de um sentimento de co-responsabilidade e participação ativa diante de suas questões. Na realidade, a luta para viver num meio saudável, contra a barbárie promovida pelas indústrias, pelo descaso de milhares de pessoas, pela especulação imobiliária e por inúmeros outros fatores respaldados em contingências exclusivamente comerciais, tornou-se um recurso racional do cidadão. Ninguém pode mais aceitar passivamente os atentados que vêm sendo praticados e que trazem graves prejuízos à humanidade, comprometendo a riqueza natural que devemos legar às futuras gerações.

PENALIDADES AMBIENTAIS

Novas idéias precisam encontrar campo para germinar dentro da dinâmica da evolução humana, devendo ser passíveis de cobrança judicial. Apoiada nessa concepção, surgiu a consciência ecológica acima referida e que se constitui em instrumento indispensável ao bem-estar dos seres vivos concebida nos países democráticos. Luiza Nagib Eluf, Promotora de Justiça em São Paulo e ex-secretária Nacional dos Direitos da Cidadania do Ministério da Justiça, sobre tal necessidade, assim se expressou: "O culto à ecologia e aos direitos humanos provém da mesma raiz. Respeitar o planeta em que vivemos, juntamente com outras espécies, é respeitar a si próprio(a) e às pessoas em geral. É assimilar normas de convivência harmônica, sem as quais não haverá futuro" (O Estado de São Paulo- 28.03.97-pág. 03).

Nessa trilha, a Constituição Federal de 1988 incluiu entre as garantias dos direitos sociais do brasileiro, no seu art. 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida, dispondo em seu parágrafo terceiro que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, à sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

A Profa. Ivette Senise Ferreira, da Faculdade de Direito da USP, com raro brilhantismo, em artigo publicado em uma das edições da "Revista do Advogado" da Secção da OAB de São Paulo, ressaltou o aspecto da adoção, na esfera criminal, de um amparo ao complexo de bens e interesses compreendidos na matéria ecológica: "O critério para autorizar a intromissão do Direito Penal no âmbito da proteção antes exercida apenas pelas normas reguladoras foi o da lesividade da conduta ou da atividade, que se traduz concretamente pelo dano ou perigo que ela representa para os bens ambientais, o homem e os demais seres vivos existentes na natureza de modo direto ou indireto. Como afirmam Paulo José da Costa Jr. e Giórgio Gregori, nascem, assim, as bases para criação de um verdadeiro Direito Penal Social, isto é, de um Direito Penal que oferece sustento e proteção aos valores do homem que opera em sociedade". ("Direito Penal Ecológico", São Paulo, CETESB, 1981, pág. 26). (os grifos são nossos).

É por isso que a Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei 9.605/98) caracteri-

zou diversas situações como delituosas. Em seu art. 43, por exemplo, ela preceitua como crimes contra a flora, as ações de “fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano”. Anteriormente os balões se constituíam em elementos típicos das festas junina, passando posteriormente a serem vistos durante o ano todo, ainda que em menor intensidade. Entretanto, com as evoluções dos setores agrícola e industrial nos últimos tempos e com a sofisticação que lhes foram impringidos, como a colocação de arcos repletos de fogos de artifício, eles acabaram provocando algumas trágicas e devassadoras ocorrências.

CRIMES ECOLÓGICOS

A questão dos balões, acima apontada, chega a ser polêmica pois há uma enorme legião de pessoas que verdadeiramente os cultuam, rebatem as críticas e reúnem-se em clubes (entidades baloeiras), concebendo essa atividade como uma sublime forma de arte. Citam outros países como a China onde o balonismo é bastante desenvolvido e revela-se até como um fator de diversão e turismo. Quando indagados sobre os inúmeros estragos que podem acarretar, apresentam diversas justificativas. Entre outras, citam uma possível perfeição na confecção de seus projetos, tornando-os imunes à propagação do fogo de suas tochas, agora feitas de algodão industrial e não mais de sacos de estopa e a de que são revestidos das normas de máxima segurança, formando inclusive, equipes que acompanham seus trajetos, desde as subidas até as quedas na tentativa de resgatá-los. Os detratores desse costume, no entanto, argumentam que todas as circunstâncias acenadas por seus adeptos, não podem ser absolutamente presumíveis, sustentando ainda, que por mais beleza, esplendor, encanto que transmitam, tais atributos não justificam a vulnerabilidade de suas possíveis consequências.

Em matéria veiculada pelo jornal “O Estado de São Paulo”(24.05.98-C-8) ,informou-se que as duas mil e quatrocentas equipes de baloeiros cadastrados em São Paulo, Campinas, Jundiá, Rio Claro, Sorocaba e Catanduva estão preparando um abaixo-assinado que já conta com mais de um milhão de assinaturas para ser enviado ao Presidente da República solicitando uma revisão da Lei Ambiental por entenderem que ela os “igualava a assassinos”. Essa extremada comparação, não condiz com a realidade jurídica que tipificou o delito. Com todo respeito aos aficionados no balonismo, é de se ressaltar que a maioria dos crimes ecológicos é de perigo, seja por referência expressa à situação de ameaça ou probabilidade de lesão ao bem jurídico amparado, seja por finalidade que transparece na incriminação de determinada conduta. A norma mencionada resulta assim, da presunção que faz o legislador de que o ato ameaça o objeto que se quer proteger.

CONCLUSÃO

Diante da oportunidade ensejada pela atual legislação ambiental no Brasil e apesar dos debates acerca do risco que os balões representam -situação com a qual ilustramos nossa análise- torna-se imperioso, na realidade, que as pessoas compreendam que a sua prática se revela hoje em infração de mera conduta, caracterizada como tipo doloso, passível de sanções legais (detenção de um a três anos ou multa ou ainda ambas as penas cumulativamente), assim como todas as demais ações que compliquem as nossas aspirações ecológicas.

Proclama-se, pois, que a sociedade demonstre constantemente a sua reprovação por todas as agressões, violações ou atentados à natureza e aos frutos que ela nos concede ou que estão nela contidos, denunciando-as sempre que possível (... “qualquer pessoa constatando infração ambiental poderá dirigir representação...”). Tal atitude auxiliará na fiscalização e punição dos eventuais infratores, pois as regras de agora são ao mesmo tempo duras e coerentes, com ênfase à clareza na definição dos delitos e penas. E com suas características coibitivas mas ao mesmo tempo preventivas, poderão incentivar a criação na coletividade de uma consciência ética na administração dos bens naturais, absolutamente essenciais à própria sobrevivência humana. De resto, a educação ambiental é tarefa tão importante quanto à repressão.

As violações dos direitos autorais e as formas de proteção

João Omar Marçura*

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Autor, como conjunto de normas, visa precipuamente a proteção da forma com que se exterioriza o pensamento ou o sentimento humano.

No dizer de Clóvis¹: “(...) o que o direito autoral protege são as formas novas criadas pelo engenho humano (...)”.

Todavia, não é qualquer obra que recebe a proteção legal. As obras de cunho estético encontram guarida no Direito de Autor, enquanto as obras de cunho utilitário estão submetidas ao Direito de Propriedade Industrial.

Além da esteticidade, a obra deve ser original para receber a proteção legal e sobre isso falarei adiante.

Visto o Direito de Autor como ramo da Ciência do Direito, devemos ter em conta os direitos do autor, que se projetam na forma de direitos patrimoniais e morais, os primeiros transmissíveis, transitórios e renunciáveis, enquanto os segundos intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

2. CONCEITO

Há várias expressões empregadas pela doutrina para designar a criação estética, entre as quais destaco: obra de engenho, obra intelectual, criação ou produção de espírito, ou ainda, obra literária, artística ou científica.

Entre os vários significados encontrados no verbete obra, do Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Segunda Edição, Editora Nova Fronteira, 1986, pag.1209, destaco: “Trabalho literário, científico ou artístico”.

Para o Glossário da Organização Mundial da Propriedade Intelectual para direito de autor e direitos conexos é “toda criação intelectual original expressa numa forma reproduzível”.

Em suma, são emanações do espírito humano no campo das artes, ciências ou literatura, que recebem a proteção no âmbito do Direito de Autor.

3. REQUISITOS PARA PROTEÇÃO

Como já antecipei, para receber a proteção legal a obra deve gozar dos atributos da esteticidade e da originalidade.

Assim, as obras que não realizam objetivos estritamente identificáveis com

*Juiz de Direito. Professor de Direito Processual Civil da FADIPA. Diretor Financeiro da APAMAGIS Associação Paulista de Magistrados

1. Clóvis Beviláqua. Código Civil dos E.U.B., Primeiro Volume, Quinta tiragem, Edição histórica, Editora Rio, página 1115

as noções de arte, literatura e ciência, v.g., as obras didáticas, as de fim recreativo, entre outras, não apresentam finalidades estéticas e não merecem a proteção no campo do Direito de Autor. Podem as obras ter cunho utilitário, isto é, destinarem-se a aplicações industriais ou comerciais (modelos, desenhos, inventos) e, neste caso, serão tuteladas pelo Código de Propriedade Industrial.

As obras com esteticidade atendem a exigências puramente intelectuais, têm valor estético autônomo, independente de sua origem, destinação ou aplicação.

Já a originalidade diz respeito à impossibilidade da obra ser confundida com outra, preexistente. Deve, pois, ser integrada por elementos individualizadores que a tornem intrínseca e extrinsecamente diferente de outras já existentes.

A originalidade, por certo, tem caráter relativo, até porque na criação o autor se utiliza do conhecimento acumulado pela humanidade até aquele momento, sofrendo influxos de sua formação.

Não se exige, pois, a originalidade absoluta.

O artigo 7º da Lei 9610/98 traz um rol exemplificativo de obras protegidas e o artigo 8º cuida das hipóteses em que não há proteção.

4 . VIOLAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS

4.1. Nota introdutória

Qualquer descumprimento de um dever jurídico caracteriza violação do direito correspondente. Assim, temos as violações contratuais, que correspondem a um ato ilícito relativo (ilícito contratual) ou as violações que dizem respeito a um dever imposto abstratamente pela ordem jurídica, ou seja, o ato ilícito absoluto, ou ilícito simplesmente

A violação dos direitos autorais tanto pode se dar no âmbito patrimonial quanto no extrapatrimonial (moral), pode também ser contratual ou extracontratual.

A garantia aos autores está expressa na Constituição Federal, artigo 5º, XXVII, verbis: *“Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”*.

O regime jurídico dos direitos do autor, segundo o artigo 3º da Lei 9610/98 é o de bens móveis, mas não se deve ignorar as limitações à transferência dos direitos patrimoniais do autor, notadamente a exigência de contrato escrito para a cessão total ou parcial, nos termos dos artigos 49, II e 50, ambos da citada lei.

4.2. Ilícitos contratuais

Dentre as hipóteses de descumprimento total ou parcial de contrato são mais frequentes, no âmbito do direito de autor, a falta de pagamento, a ausência de prestação de contas, a extrapolação dos limites de exemplares permitidos, a falta de numeração de exemplares editados, a não realização ou não entrega da obra. As questões daí advindas regulam-se pela teoria geral dos contratos, com as pecu-

liaridades do direito de autor, entre as quais a interpretação restritiva e mais favorável ao autor.

4.3. Ilícitos extracontratuais

A par dos deveres contratuais, há também os de ordem geral, impostos pela lei, a que todos estamos sujeitos. Assim, quem desobedece preceito legal comete ato ilícito e, salvo as hipóteses de excludentes de responsabilidade, está obrigado a reparar o dano. No âmbito do direito de autor podemos citar vários exemplos de ilícitos, tais como: divulgar obra sem autorização do titular do respectivo direito (violação do direito de inédito); publicação de obra alheia sem menção ao nome do autor, mesmo que essa publicação seja feita com base numa limitação a direito autoral, como nas citações por exemplo (violação do direito de nomeação e de paternidade); publicação de resumo de obra alheia sem autorização do autor, ou uma tradução, ou adaptação (violação da integridade da obra); não pagamento da *plus valia* no direito de sequência, disciplinado no artigo 38 da Lei 9610/98, etc..

Os ilícitos no direito de autor, como qualquer ilícito civil, ao contrário dos ilícitos penais e trabalhistas, não são definidos em tipos, mediante sua enunciação em rol taxativo.

4.4. O plágio, a contrafação e a utilização indevida.

O artigo 5º, VII, da Lei 9.610/98 define contrafação como reprodução não autorizada. A doutrina, contudo, prefere uma aceção mais genérica, segundo a qual a contrafação consiste na utilização não autorizada de obra.

No dizer de Plínio Cabral², *“a expressão plágio vem da Roma antiga, onde o **plagiarius** era comparado a um raptor, conforme a palavra do poeta Marcial, no primeiro século de nossa era. Ele comparava o roubo de seu poema à venda de um homem livre como escravo, invocando a **Lex Fabia Plagiarius** que punia tal ato”*.

O plágio, no ensinamento de Antonio Chaves, referido por José Carlos Costa Netto³, comparado à contrafação, é mais sutil: *“apresenta o trabalho alheio como próprio, mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo, de frases, idéias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias”*

Sabe-se que o plágio é de difícil identificação, pois o plagiário, via de regra, procura dissimular o ilícito, mudando a ordem ou sucessão de episódios, suprimindo ou acrescentando trechos.

Uma recente reportagem na revista “VEJA”, Editora Abril, edição 1593, 14 de abril de 1999, páginas 126 e 127, menciona casos de plágio na música e dá o grau de dificuldade de controle desse ilícito no campo musical, sobretudo pela velocidade da transmissão de dados no mundo contemporâneo e pela falta de me-

2. Plínio Cabral. A Nova Lei de Direitos Autorais, Editora Sagra Luzzatto, 1998, página 157.

3. José Carlos Costa Netto. Direito Autoral no Brasil, Editora FTD, 1998, página 188.

canismos eficientes de controle. Até mesmo os critérios adotados para caracterizar o plágio são variáveis.

Outra forma de utilização indevida que apresenta graves prejuízos para os autores é a reprografia.

O Professor Carlos Alberto Bittar e seu filho Eduardo Carlos Bianca Bittar dedicaram um capítulo de sua obra “Contornos Atuais do Direito do Autor”, 2ª edição, Revista dos Tribunais, 1999, ao tema “Direitos autorais nos meios universitários: o controle da reprografia” (páginas 216 a 227), formulando uma proposta para regulamentação. A proposta sugere, pelo regime da licença geral, o estabelecimento de mecanismo de cobrança de direitos em cada extração de cópias, fixando-se o valor unitário de conformidade com o respectivo custo, calculado em cada setor (textos, música, etc.).

A Lei 9.610/98, em seu artigo 46, II, restringiu bem as autorizações para uso reprográfico de obra.

Segundo Plínio Cabral(4), em 1994 a Câmara Brasileira do Livro estimou os prejuízos provocados pela reprodução ilegal de livros em 200 milhões de dólares. Por aí se tem o grau de importância do controle sobre a reprografia .

Note-se que o intuito de lucro não é exigido para a caracterização do ilícito, segundo a doutrina, não obstante a redação do artigo 46, II, da Lei 9610/98. Fica claro que a cópia deve destinar-se para uso do copista.

4.4. Limitações aos direitos autorais

A Convenção de Berna e as legislações nacionais de maneira geral estabelecem limitações aos direitos dos autores e tais limitações constituem rol taxativo que, na Lei 9610/98 vêm estabelecidas nos artigos 46 a 48.

Questão interessante diz respeito às obras situadas permanentemente em logradouros públicos, que podem ser representadas livremente , por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais, nos termos do artigo 48 acima mencionado.

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, “ LOGRADOURO PÚBLICO – Na terminologia nativa, é mais propriamente tido como o local, ameno, e agradável, como praças, jardins, hortas, passeios, mantidos pelos poderes públicos, para desfrute e gozo dos habitantes da localidade.

Mas, a qualidade de público, atribuída ao logradouro, não se restringe aos jardins, praças, etc., conforme anotamos acima. Toda parte ou superfície da cidade destinada ao trânsito público, oficialmente reconhecida e designada por um nome, de acordo com as posturas do Município, entende-se *logradouro público*, isto é, para uso e gozo de toda a população” (*Dicionário jurídico*, volume III, verbete **Logradouro Público**).

Apesar da imprecisão da redação do artigo 48, da Lei 9610/98, que não cuida de reprodução, mas de representação, a reprodução no caso específico de

4. Plínio Cabral. A Nova Lei de Direitos Autorais, Editora Sagra Luzzatto, 1998, página 123.

obras situadas em logradouros públicos é a meramente ilustrativa, realizada para o deleite do próprio executante, vedado o objetivo de comercialização e lucro sem expresse consentimento do titular do direito, exceto se a obra já tiver caído em domínio público.

Assim, a reprodução permitida é aquela que não tenha intuito lucrativo e na qual a obra reproduzida não seja o principal, mas um acessório. Nesse sentido o ensinamento de PONTES DE MIRANDA · (5): *“ Qualquer estátua é fotografável, se se fêz parte integrante da rua, da praça, da escadaria, e não há ofensa ao direito autoral de exploração em serem vendidas as fotografias, em cartões postais ou não. Se algum escultor a reproduz, sim; porque furta o bem intelectual. É ingênuo dizer-se que não se veda a fotografia da praça, ou da rua, ou da escadaria, mas sim a da estátua sozinha”*

5. FORMAS DE PROTEÇÃO

O sistema de proteção aos direitos do autor triparte-se nos campos administrativo, penal e civil.

5.1. Tutela administrativa

No âmbito administrativo havia a censura e a obrigatoriedade de apresentação de programas para o licenciamento. A par do aspecto reprovável da censura havia um mecanismo de proteção, referido no artigo 73, parágrafo 2º, da Lei 5988/73, pois o empresário deveria apresentar à autoridade policial a autorização do autor. A atual lei não faz qualquer previsão nesse sentido.

Também a extinção do Conselho Nacional dos Direitos Autorais representou perda significativa do controle administrativo. Aquele órgão resolvia no âmbito administrativo a grande maioria das questões inerentes aos direitos do autor. Atualmente a matéria está toda jurisdicionalizada.

O artigo 127, da Lei 5988/73 garantia ao titular de direitos autorais patrimoniais ou conexos requerer a intervenção policial. Não obstante não reproduzido na lei atual, subsiste ainda a atuação da polícia estadual para a interdição de representação, execução, transmissão ou retransmissão de obra intelectual sem autorização devida. Trata-se de atuação preventiva do crime de violação .

Cabe ainda no âmbito administrativo, para evitar ilícito tributário e/ou penal, ao Estado, promover a apreensão de material proveniente de contrafação.

Há ainda o registro da obra, previsto nos artigos 18 a 21 da Lei 9.610/98, que é facultativo e tem caráter declaratório e não constitutivo de direito, ou seja, gera presunção relativa.

5. Miranda, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 1983, volume XVI, página 45.

Por fim, a atuação do Escritório Central de Arrecadação e das associações que não se insere no âmbito administrativo, mas representa forma de gestão coletiva, de natureza privada.

5.2. Tutela penal

No âmbito penal há os crimes capitulados nos artigos 184 a 186, do Código Penal.

O artigo 184 trata da violação de direito autoral e é norma penal em branco, complementada pela Lei 9.610/98, com tipo misto, ou de ação múltipla ou de conteúdo variado, sendo a ação penal privada.

O artigo 185 cuida da usurpação de nome ou pseudônimo alheio e é também de ação privada.

Já para os tipos capitulados nos parágrafos 1º e 2º do artigo 184 a ação penal é pública incondicionada.

Além da ação penal, há ainda a busca e apreensão prevista no Código de Processo Penal, que no mais das vezes tem sido utilizado para produção de prova no juízo cível.

A prescrição, tanto da pretensão punitiva quanto da executória, bem como a superveniente e a intercorrente regula-se pelas regras gerais do Código Penal.

Para a ação penal privada, o laudo pericial exigido pelo artigo 527, do Código de Processo Penal tem caráter de medida cautelar preparatória, sendo pressuposto legal para o exercício da ação penal, porque envolve crime que deixa vestígios. Assim, a decisão que o homologa tem natureza de interlocutória mista com força de definitiva, sendo o recurso cabível a apelação, nos termos do artigo 593, II, do Código já citado.

Nos casos de crimes em que a ação penal é pública incondicionada, a Autoridade Policial tem o dever de cumprir o disposto no artigo 6º, do Código de Processo Penal, sendo inaplicáveis ao caso os artigos 537 e seguintes, que tratam da queixa, devendo a apreensão dar-se nos moldes do artigo 240, do referido Código.

Nas hipóteses de ação penal privada prevalece a regra do artigo 529 em relação à do artigo 38, ambos do Código de Processo Penal, verificando-se a decadência aos 30 dias da homologação do laudo, por força do princípio da especialidade.

5.3. Tutela civil

Para a tutela dos direitos autorais perante o juízo cível há a possibilidade de ajuizamento de ações cautelares (busca e apreensão, exames de escrituração, vistorias, sequestro, etc.) como medidas preparatórias, bem como o interdito proibitório e as ações cominatórias, com preceito de fazer ou não fazer, e ainda as ações declaratórias e as indenizatórias.

Ganham relevo a possibilidade de antecipação da tutela, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil e a concessão da tutela específica prevista no artigo 461 do mesmo Código.

A distinção entre antecipação de tutela e tutela cautelar tem apresentado algumas dificuldades práticas, daí porque preciosa a lição de J.E. CARREIRA ALVIM ⁶: “ *Uma das grandes dificuldades práticas tem sido a fixação dos limites entre a tutela cautelar (art.798) e a tutela antecipatória (art.273), havendo quem não distinga entre uma e outra, vendo nesta uma simples modalidade daquela.*”

Existe, no entanto, clara distinção entre ambas as pretensões e os providimentos que as veiculam, podendo-se dizer que a tutela cautelar se limita à outorga de providência de índole distinta da pretensão substancial, com o propósito de garanti-la, enquanto a antecipação da tutela adianta a própria pretensão substancial, que, devendo normalmente ser reconhecida na sentença, tem os seus efeitos antecipados initio litis. Além do que, a tutela cautelar pode ser deferida de ofício pelo Juiz, enquanto a tutela antecipatória só pode ser deferida a pedido da parte. Meditando sobre os casos concretos, para estabelecer uma linha divisória concreta entre as duas modalidades de tutela jurisdicional, cheguei às seguintes conclusões: **a)** a entrega de um bem apreendido é antecipação de tutela; a suspensão do leilão desse bem é tutela cautelar; **b)** a anulação de uma assembléia (de sociedade ou condominial) é antecipação; a suspensão da sua eficácia é cautela; **c)** a entrega do bem na reivindicatória (ou na imissão de posse) é antecipação; o mero sequestro é cautela; **d)** a entrega do bem na possessória é antecipação; o sequestro desse bem é cautela; **e)** a entrega de valores confiscados é antecipação; o seu depósito em conta judicial é cautela; **f)** a baixa de um título protestado é antecipação; a suspensão do protesto é cautela; **g)** a anulação de um edital é antecipação; a suspensão de eficácia de alguma de suas cláusulas é cautela; **h)** a entrega da guarda de pessoa (ou coisa) é antecipação; a sua apreensão provisória é cautela; **i)** a declaração de inexigibilidade do tributo é antecipação; a suspensão de sua exigibilidade é cautela; **j)** a anulação de uma penalidade é antecipação; a suspensão da sua eficácia é cautela; **l)** a entrega de um quadro ao seu dono é antecipação; o seu depósito para que não seja alienado é cautela; **m)** a matrícula de um aluno numa escola é antecipação; a mera reserva de vaga é cautela”.

A Lei 9610/98 traz a possibilidade de apreensão e destruição do material contrafeito e dos equipamentos utilizados para a reprodução indevida, sem prejuízo das indenizações e cominações de obrigação de fazer, bem como a solidariedade dos responsáveis (artigos 102 a 110).

Um último aspecto relevante sobre a tutela civil diz respeito à prescrição. Vetado o artigo 111 da Lei 6.910/98, não ocorrendo a reprimenda do Código Civil nesse aspecto (por falta de disposição legal expressa), resta concluir que a prescrição das ações para tutela dos direitos autorais prescreve em vinte anos, por

6. Alvim, J.E. Carreira. Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual, 2ª edição, Editora Del Rey, páginas 179 a 180.

força do artigo 177, do Código Civil. É a regra do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil, verbis: “*Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência*”.

Não é razoável admitir a aplicação do artigo 178, IX, do Código Civil, pois estaríamos considerando apenas o aspecto patrimonial do direito autoral, descuidando-nos do aspecto moral e o direito de autor, como já dito antes, tem caráter especial, *sui generis*.

6. O papel do Estado

As pessoas políticas podem ser titulares de direitos sobre obras artísticas, literárias ou científicas, exercendo esses direitos em face de terceiros, buscando coibir quaisquer formas de violação.

Todavia, o Estado pode ser violador de direito autoral, seja na qualidade de titular de direitos sobre determinada obra, seja de maneira genérica na omissão em relação às obras caídas em domínio público pois, em relação a estas tem o dever de defender a integridade e autoria, nos termos do artigo 24, VII, parágrafo 2º, da Lei 9610/98.

Nos termos do artigo 45 da mencionada lei, pertencem ao domínio público não só as obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, mas também as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.

Na obra de GAMA PELLEGRINI⁷ encontram-se exemplos de violação de direitos autorais pela omissão do Estado.

7. JURISPRUDÊNCIA

7.1. Aparição em outra TV

Apelação Cível. Ordinária. Indenização.

Prestação de Serviços com absoluta exclusividade em televisão com apresentação de programa diário do tipo Game Show.

A aparição do artista em outros canais de televisão não desgasta a sua imagem quando ocorre tão-somente para fazer promoção de novo programa com o objetivo de captação de índice de audiência. O talento do artista é evidenciado, sem sombra de dúvida, no sentido de atrair o público telespectador para a suas aparições em outros espetáculos de televisão, teatro, cinema e temporadas em casas noturnas.

Interpretação do contrato; cumprimento do avençado. Exceção de contrato

7. Pellegrini, Luiz Fernando Gama, Direito Autoral do Artista Plástico, 1ª edição, Editora Oliveira Mendes Ltda., 1998.

não cumprido ineficaz. Licidade dos valores apontados na exordial. Procedência do pedido.

Sentença Confirmada. Recurso desprovido.

(TJ – RJ, 8ª Câ.m.Cív., Ap. 3.391/91-Capital, Relator: Des.Celso Guedes).

7.2 . Destruição de Obra de Arte

São invioláveis a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral conseqüente a sua violação.

Não se paga a dor, tendo a prestação pecuniária função meramente satisfatória.

Assim como o detrimento de bens materiais ocasiona prejuízo patrimonial, a agressão aos bens imateriais configura prejuízo moral. Uma vez incontroversa a existência do dano e admitida a sua responsabilidade, decorre daí ser o mesmo indenizável, não pelo simples decurso do tempo, comprovada a destruição da obra de arte, que é a projeção da personalidade do autor.

(STJ – Resp. 37.374-3 – MG – 2ª T. – j. 28-9-94 . Rel. Min. Hélio Mosimann - DJU 24-10-94 – RT 711/215).

7.3. Edição Não Autorizada

Direito autoral – Edição não autorizada – Critério indenizatório

Não comportando adotar-se para a edição desautorizada o mesmo critério remuneratório antes negociado pelas partes para a edição legítima, é de rigor mandar para arbitramento o levantamento da indenização devida ao lesado, observada a diretriz de não permitir ao infrator amealhar qualquer margem de lucro com a edição pirata.

Verbas sucumbenciais. Devem ser suportadas pela parte vencida, segundo a regra do art.20 do CPC

Direito autoral. Dano moral. Não há falar em dano moral se a autoria da obra foi respeitada e a divulgação desta se deu sem qualquer alteração, assim ficando rigorosamente preservado o seu componente moral.

Embargos providos em parte.

(TJ – RJ – Embs. 13/91 na Ap.Cív. 3.083/90, Relator Subst.Des. Laerson Mauro, Reg. Em 15-10-91, ADCOAS 135275/92)

7.4. Fotografia

Tanto a Constituição quanto a Lei 5.988/73 garantem ao autor de obra artística o direito exclusivo de sua utilização, devendo ela, quando feita por terceiros, estar autorizada.

Comprovado que a Caixa Econômica Federal reproduziu, em bilhetes de loteria, fotografia de escultura sem autorização de seu autor, cabe-lhe indenizar pelo dano

moral e material verificado, sendo irrelevante a sua alegação de boa-fé, até porque a própria sentença lhe garantiu o direito de regresso contra o detentor das fotos.

Não tendo havido reprodução da obra e sim sua comercialização, inaplicável o art.122 da Lei 5.988/73, estando correta a sentença que fixou a indenização no equivalente ao preço de dois mil bilhetes, até porque inexistente nos autos qualquer prova quanto ao real valor da obra indevidamente utilizada.

(TRF – 1ª Reg. – Ap.Cív. 94.01.05716-8-DF – 3ª T. – j. 24-0601996, Rel. Juiz Osmar Tognolo, DJU 29-07-1996, RT 735/417).

7.5. Galeria de Arte

Direitos autorais. Lei 5.988/73, arts. 25, 80 e 126. Exposição e alterações não autorizadas. Reparação dos danos patrimonial e moral. Recurso não conhecido.

Embora não se possa negar ao adquirente de uma obra de arte, especialmente em se tratando de galeria de arte, o direito de expô-la, não se pode deixar sem proteção outros direitos decorrentes da produção artística ou intelectual, tais como a titularidade da autoria e o da intangibilidade da obra.

A teleologia da Lei 5.988/73, ao garantir a integridade da obra artística ou intelectual, veda a utilização desta em detrimento do respeito ao seu autor, ensejando reparação do dano causado.

(STJ – Rec. Esp. 7.550-SP – 91.0001018-9, Rel. Min.Sálvio de Figueiredo, DJU 2-12-91) (ADCOAS 135663/92).

7.6. Plágio

Direito autoral – Plágio de projeto arquitetônico – Lojas do mesmo ramo comercial – Irrelevância de estarem localizadas em centros comerciais diferentes – Similitude que leva o consumidor a confusão – Responsabilização da empresa, uma vez que o plágio redundava em seu favor.

A similitude arquitetônica entre lojas do mesmo ramo comercial, embora localizadas em centros comerciais diferentes, equivale a plágio, visto causa confusão lançada na mente do comprador.

É irrelevante que o projeto não tenha sido feito pela empresa, mas por seu arquiteto, pois o plágio redundava em seu favor, razão pela qual é sua a responsabilidade especialmente na demolição.

(TJ – SP – Ap. 123.640-1/1 8ª C., j. em 29-5-91, Rel. Des.Villa da Costa) (RT 677/98).

7.7. Plágio e Contrafação

Plágio e contrafação. Sutileza dos conceitos. Na idéia de plágio está implíci-

ta a apresentação do trabalho alheio como próprio, de forma disfarçada. Opinião do Perito quanto à inexistência de plágio na adaptação da peça teatral. A perícia, entretanto, admite que a tradução do autor, renomado homem de letras e teatrólogo consagrado, tenha sido aproveitado pela empresa locadora do serviço para a realização da adaptação contratada, fato que também se reveste de conteúdo econômico, em grau menor, mas de qualquer maneira amparado pela Lei 5.988/73. Matéria cujo dimensionamento deve ser transferido para liquidação de sentença. (TJ – RJ – Ap.Cív. 612/91, rel. Des. Carpena Amorim, Reg. 2-12-94) (ADCOAS 147461/95).

7.8. Projeto Arquitetônico

O aproveitamento de não aprovação de projeto arquitetônico para copiá-lo imprudentemente em sua essencialidade, originalidade, tipo de construção, fachada, etc., constitui plágio ou adaptação do original, sem autorização de sua autora, o que viola os seus direitos autorais e patrimoniais, como prevê o art. 21 da Lei 5.988/73, e a usurpação a tais direitos, previstos no art. 25 da legislação sobredita, enseja condenação.

(TJ – SP – EI 223.410-1/3-01 – 2ª Câm. – j.24.09.1996 – Rel. Des. Francisco de Assis Vasconcellos Pereira da Silva – RT 735/258).

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, J.E. Carreira.(1966) *Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual*. Editora Del Rey , 2ª Edição, Belo Horizonte.

ASCENÇÃO, José de Oliveira.(1980) *Direito Autoral*. Rio de Janeiro, Forense.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos E.U.B.*, Editora Rio, Edição histórica

BITTAR, Carlos Alberto. (1977) *Direito de Autor na Obra Feita Sob Encomenda*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

_____. (1999) *Contornos Atuais do Direito do Autor*. Segunda Edição. São Paulo, Revista dos Tribunais.

_____. (1997) *Direito de Autor*. Segunda Edição. Forense Universitária.

CABRAL, Plínio. (1998) *A Nova Lei de Direitos Autorais*. Porto Alegre. Sagra Luzzatto.

COSTA NETTO, José Carlos. (1998) *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo. Editora FDT, 1998.

MIRANDA, Pontes de. (1983) *Tratado de Direito Privado*. 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais volume XVI.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. (1998) *Direito Autoral do Artista Plástico*. São Paulo, 1ª edição, Editora Oliveira Mendes.

PIMENTA, Eduardo S. (1994) *Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual*. Editora Revista dos Tribunais.

Estudos sobre a legalidade e constitucionalidade de lei municipal que busca estabelecer distância entre templos religiosos.

João Jampaulo Júnior*

Vereador da Edilidade buscou informações junto a este Consultor Jurídico, sobre a legalidade e a constitucionalidade de projeto de lei ou qualquer outro ato normativo municipal, que vise estabelecer distância mínima entre **Templos Religiosos**.

Ante o relevante interesse da matéria, esta Consultoria houve por bem realizar o presente estudo, apresentado em forma de parecer, para que fique registrado nos anais do Legislativo local e para dirimir questões assemelhadas, já existentes nesta Casa.

É o relatório,

PARECER:

O assunto em tela, no que diz respeito ao quesito *distância*, já vem sendo tratado em sede legislativa municipal buscando atingir várias modalidades de estabelecimentos comerciais.

Na oportunidade esta Consultoria firmou entendimento, após exaustivos e criteriosos estudos, que a matéria ao menos em tese, é objeto de Lei de Zoneamento e também, ainda em tese, que aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e conceder licença para localização instalação e funcionamento de estabelecimentos industriais, comerciais e de serviços.

Todavia, este Órgão Técnico se posicionou no sentido de que não havendo disposição expressa na Lei de Zoneamento local, que venha estabelecer distância para qualquer das atividades mencionadas e também, não estabelecendo aquele diploma legal **critérios técnicos devidamente justificados**, qualquer projeto nesse sentido estaria maculado pela ilegalidade por ferir diploma legal (Lei de Zoneamento) existente no ordenamento jurídico municipal, Lei Federal (Código Comercial e outras sobre o tema, como v.g., a Lei Orgânica Municipal), e ainda, eivado

*João Jampaulo Júnior – Prof. titular da Faculdade de Direito “Pe. Anchieta” – Jundiaí, SP., Prof. convidado do Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Fundação Regional de Blumenau – FURB, SC., Consultor Jurídico titular da Câmara Municipal de Jundiaí, SP., Autor da obra “O Processo Legislativo Municipal”, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Legislativos – IBEL, SP., Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e da Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP e Advogado militante.

pela inconstitucionalidade por desrespeito ao disposto nos artigos 5º “caput”; 5º, incs. II e XIII e 19, inciso I, todos da Constituição Federal.

DISTÂNCIA ENTRE TEMPLOS RELIGIOSOS

Preliminarmente, de se destacar que a matéria envolve assunto de imperial delicadeza e suscetibilidade, por envolver sentimentos fortemente vivos e presentes não só na vida dos jundiaienses, mas de todos os brasileiros: **a religião e a fé**.

Assim, não poderíamos iniciar este estudo, sem a identificação da liberdade de organização religiosa em nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual trazendo a lume os ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos¹ que ao tratar do tema dispõe que *“a liberdade de organização religiosa tem uma dimensão muito importante no seu relacionamento com o Estado. Três modelos são possíveis: fusão, união e separação. O Brasil enquadra-se inequivocamente neste último desde o advento da República, com a edição do Decreto n. 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que instaurou a separação entre a Igreja e o Estado. O Estado brasileiro tornou-se desde então laico, ou não-confessional. Isto significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se, para o que o direito presta a sua ajuda pelo conferimento do recurso à personalidade jurídica. Portanto, as Igrejas funcionam sob o manto da personalidade jurídica que lhes é conferida nos termos da lei civil. Destarte, o **princípio fundamental é o da não-colocação de dificuldades e embaraços à criação de igrejas**. Pelo contrário, há até um manifesto intuito constitucional de estimulá-las, o que é evidenciado pela imunidade tributária que gozam. Outro **princípio fundamental é que o Estado deve manter-se absolutamente neutro, não podendo discriminar entre as diversas igrejas, quer para beneficiá-las, quer para prejudicá-las**”* (destacamos).

Todavia, com relação a **Templos Religiosos**, por simetria e exclusão das razões apresentadas no *“intróito”* deste estudo, e guardadas as devidas proporções, os mesmos vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade apontados para a imposição de distâncias mínimas entre estabelecimentos comerciais se afloram, s.m.j., com principal realce aos vícios contra a “Magna Carta”, como veremos oportunamente.

DA ILEGALIDADE

Conforme já dito no preâmbulo deste parecer, a matéria é afeta a Lei de Zoneamento Municipal. Todavia, aludido diploma legal **não prescreve em seu texto a possibilidade de fixação de distâncias entre estabelecimentos de quaisquer naturezas**, inclusive os **Templos Religiosos** e muito menos dita critérios técnicos para tal, devidamente justificados.

1 Comentários à Constituição do Brasil, vol. 2, pp. 50/51

Somente por amor ao debate, “*ad argumentandum tantum*”, **quais seriam estes critérios técnicos para a fixação de distância entre estabelecimentos e qual a motivação para justificar tal medida?**

A resposta pode enquadrar um número limitado de situações, dependendo à natureza dos estabelecimentos e dos produtos comercializados, como v.g. **por questões de segurança e após prévio estudo técnico identificando margem de risco**. Para exemplificar, poderia o legislador local, *dentro da própria lei de Zoneamento*, estabelecer distâncias desses comércios dos locais de aglomerados humanos tais como escolas, casas de diversões, clubes, hospitais, zonas residenciais e outros.

Tal se faria necessário e justificável, ante o relevante interesse público - *matéria de segurança* - para evitar ocorrências de natureza trágica como àquelas, onde casas ou fábricas de fogos de artifícios e/ou produtos explosivos, sem qualquer segurança ou obediência às normas técnicas, são cenários de acidentes atingindo um número indeterminado e indeterminável de pessoas, vitimando vidas e causando danos patrimoniais de monta.

Temos assim, em poucas palavras, *situação em que a lei poderia prever distância entre estabelecimentos e moradias ou entre estabelecimentos e estabelecimentos, após prévio e criterioso estudo técnico e por motivo mais que justificável*, qual seja, no sentido de se resguardar a segurança da população.

Afora os casos que envolvam a segurança do município, quer nos parecer que quaisquer outras limitações se nos afiguram ilegais, por afronta à Lei de Zoneamento e também por desrespeito ao **direito de propriedade e ao direito de construir**, consagrados e tutelados pela legislação civil brasileira.

O **direito de propriedade** vem regulado no Código Civil Brasileiro, que em seu artigo 524 assim preceitua:

“Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua (grifamos e destacamos).

Uma vez que é assegurado ao proprietário, por força de lei, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens desde que não haja proibição legal oriunda de **lei de zoneamento** ou disposições contidas em **Plano Diretor Físico Territorial**, não pode um projeto de lei de qualquer natureza, elaborado à revelia dos institutos citados e hierarquicamente superiores, vedar a quem quer que seja **o direito de usar, gozar e dispor de seus bens**, onde o legislador anteriormente não vedou.

Caracterizado assim o direito de propriedade, a outra ilegalidade atinge o **direito de construir**, igualmente previsto no Estatuto Civil Brasileiro em cujo artigo 572 assim dispõe:

Art. 572 - O proprietário **pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprovar, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos**” (grifamos e destacamos).

Ora, em decorrência do direito de propriedade de **usar o bem**, surge o **direito de construir inerente a ele**, desde que em obediência aos **regulamentos administrativos**. E quais seriam esses regulamentos? Em primeiro plano, é obrigatório o respeito ao Plano Diretor Físico Territorial e a lei de Zoneamento para se saber sobre a viabilidade daquela **modalidade de edificação**, no local eleito.

Uma vez inexistindo qualquer vedação ou restrição nesse sentido, outro regulamento administrativo deverá ser devidamente observado, qual seja, o **Código de Obras e Urbanismo** do Município que é quem irá estabelecer regras técnicas de construção, tais como recuos, metragem útil de área construída, tipo de edificação, tipo de fundação, altura permitida, dentre outras.

Obedecidos pois os **regulamentos administrativos** de que fala a lei Substantiva Civil, poderá o proprietário edificar em sua área a construção que bem lhe aprovar e para a finalidade que quiser, ante a inexistência de norma específica restritiva ou vedatória, vez que tanto o Plano Diretor como a lei de Zoneamento locais, nada dispõem sobre essa questão.

Por fim e para caracterizar ainda mais os vícios apontados, a **Lei Orgânica de Jundiá** em seu **artigo 8º, inciso I**, dispõe expressamente que *ao Município é vedado estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, **embaraçar-lhes o funcionamento** ou manter com eles ou com seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.*

Ante ao exposto, parece-nos pois, demonstrada **a ilegalidade da edição de lei ou qualquer outro ato normativo, s.m.e., que disponha sobre a imposição de distância entre Templos Religiosos de qualquer natureza.**

DA INCONSTITUCIONALIDADE

Através de uma análise mais aprofundada, ao que nos parece, a proposta de se estabelecer distância entre Templos Religiosos, fere princípios constitucionais, em especial o artigo 29 “caput”², que obriga o Município a respeitar os ditames da Constituição da República e do Respectivo Estado. Assim, ante o comando do citado dispositivo, temos o artigo 5º “caput” da C.F., que trata da igualdade de todos perante a lei, estabelecendo dentre outros, vários princípios constitucionais.

Assim, dentre as liberdades constitucionais consagradas, se inclui a **liberdade religiosa** e dentro dela, no dizer de José Afonso da Silva³, “as liberdades

² Constituição Federal de 1988

³ Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 188

espirituais”, pois sua exteriorização “*é forma de manifestação de pensamento*” (destacamos).

Todavia, a matéria é por demais complexa pelas implicações que apresenta, tendo em vista a religiosidade do povo brasileiro. Segundo ainda o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva⁴, a liberdade espiritual, “*compreende três formas de expressão (três liberdades): a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto; c) e a liberdade de organização religiosa(sic)*”. E todas as três se encontram garantidas e asseguradas na Carta Constitucional, pois a *liberdade de crença, a proteção aos locais de culto e a proibição ao Estado de embarçar o funcionamento dos cultos*, encontram-se previstas e tuteladas na Constituição de 1988.⁵

Ante o exposto, passaremos a estudar dispositivo por dispositivo, elementos de garantia dessas liberdades previstas na Carta da República, sendo o primeiro o artigo 5º “caput” da C.F., que dispõe expressamente:

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

Preliminarmente e em vista do disposto no artigo 5º “caput” da C.F., pedimos vênia para citar magistral estudo apresentado pelo renomado advogado jundiense Dr. Archippo Fronzaglia Júnior⁶, ex-Diretor Legislativo desta Casa por muitos anos, que assim se posicionou sobre a matéria:

“ Com relação ao art. 5º “caput” da Constituição Federal, trazemos as lições do eminente constitucionalista Prof. José Afonso da Silva, in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 188, que ensina que “*a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra*”(sic). E prossegue mais adiante: “*As Constituições só têm reconhecida a igualdade no seu sentido formal jurídica: igualdade perante a lei. A Constituição de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”(sic). O ilustre mestre ainda comenta (ob. cit. p. 189), que um dos objetivos fundamentais é reduzir as desigualdades sociais e regionais, numa “*preocupação com a justiça social com o objetivo das ordens econômica e social (artigos 170, 193, 196 e 205) constituem reais promessas de busca de igualdade material*”(sic). Em sua magistral obra “O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, o proeminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (3ª ed., 1993, p.9/10) assevera: “*Rezam as constituições - e a brasileira estabelece no art. 5º “caput” - que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unânime, que o alcance do princípio não se restrin-*

4 ob. cit. p. 225

5 C.F. Arts. 5º, inc. VI e 19, inc. I

6 *Revista Brasileira de Legislação*, nº 2, Ano I, 1966, pp. 14/15

ge a nivelar os cidadãos diante da norma legal aposta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com isonomia” (g.n.) (sic). Tratando do mesmo assunto, o insigne professor traz lição do renomado jurista Francisco Campos, que lavrou, com pena de ouro, o seguinte acerto: “Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente, o legislador (no caso presente, o Vereador) e, em conseqüência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações. (g.n.). A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos”(sic). Recorrendo ainda a Celso Antônio Bandeira de Mello, in Princípios Fundamentais do Direito Administrativo, p. 30, (Curso de Direito Administrativo), finalizando um aprofundado estudo dos princípios constitucionais, assim se expressa: “Para não me alongar mais, vou apenas nomear dois derradeiros princípios também importantíssimos: o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Carta do País, pelo qual a Administração está obrigada a tratar isonomicamente todos os administrados (g.n.), já que até a lei assujeita-se a esta imposição, e o princípio da responsabilidade do Estado (no caso Município), onde se firma que o Estado responderá pelos danos que seus agentes causarem a terceiros”(sic). Preleciona, ainda, o respeitado jurista que: “O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração afirma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. Com efeito, sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa”(sic - destaques e grifos do autor do artigo).

De se observar, que a igualdade não pode criar privilégios e nem distinções. Ante proposta que estabeleça distâncias mínimas de um Templo Religioso para outro, cria-se um campo de desigualdade de oportunidades para com outras seitas e religiões, sem que haja na legislação municipal limitações de ocupação do solo, setorização ou zoneamento. Vale lembrar o princípio constitucional onde “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁷. Somente para exemplificar, como ficaria esse dispositivo se determinada Igreja recebesse como doação, um terreno situado ao lado de outro Templo que professasse fé diversa?

Como se não bastasse, e ainda para ilustrar o presente estudo, **esta Casa editou norma estabelecendo distância** para edificação de farmácias, através da Lei Municipal nº 4.662, de 20 de novembro de 1995, o que ensejou envio pelo Chefe do Executivo, do Projeto nº 7.042, em trâmite neste Legislativo, buscando a revoga-

7 C.F., Art. 5º, inc. I

ção de mencionada lei. A justificativa da proposta é por demais significativa, notadamente os seguintes trechos.

“... As decisões fundadas na Lei nº 4.662/95 têm sido objeto de Mandado de Segurança, sendo certo que os MM. Juizes têm esposado entendimento de que referida lei afronta os princípios constitucionais da igualdade, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Assim é que, acatando a orientação dos Nobres Julgadores e seguindo conduta adotada pelos Municípios que editaram lei do mesmo jaez, apresentamos o projeto de lei que objetiva revogar a Lei nº 4.662, de 20 de novembro de 1.995, restabelecendo a ordem jurídica” (destacamos - doc. anexo).

Isto posto, e tendo em vista o **princípio constitucional da igualdade**, se nos afigura, s.m.j., a **primeira inconstitucionalidade** da proposta, esta de caráter geral.

Todavia, o mesmo artigo 5º, inciso VI da Constituição da República, de maneira específica assim dispõe:

Art. 5º - (...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (grifamos e destacamos);

Merece especial destaque o fato de que a Carta da República de 1988, diversamente das constituições anteriores, não vinculou a realização e exercício de cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes e, segundo ensinamentos de José Afonso da Silva “esses conceitos que importavam em regra de contenção, de limitação dos cultos já não mais o são. É que, de fato, parece indispensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Demais, tais conceitos são vagos, indefinidos, e **mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais”** (os destaques são nossos).

A Constituição, segundo J. Cretella Jr.⁹, *“remete para a lei ordinária a garantia da **proteção aos locais de culto**”* (destacamos). A melhor doutrina, entende que o local de culto é o *“corpus”*, o **templo, o terreiro, o edifício**. Sob esse aspecto - templos de qualquer culto -, entende-se que o *lugar é a área onde se procede o culto*, que é o conteúdo, o cerimonial, o rito, o gesto, a reza, a procissão, o canto. Podemos então dizer, que há cultos internos em igrejas, templos, como cultos ao ar livre, na grama, no terreiro, sem edifício ou prédio algum no sentido arquitetônico do termo. Trazendo ainda os ensinamentos de J. Cretella Jr.¹⁰, *“o local de culto é*

8 ob. cit. p. 226

9 Comentários à Constituição de 1988, vol. I, p. 251

10 ob. cit. p. 251

um **sanctuary**, no sentido inglês do termo, porque lugar reservado, intocado, sacrossanto, pelo que tem **garantia da lei, por expressa disposição constitucional**" (os destaques são nossos).

Podemos destacar que o inciso VI, do art. 5º, da C.F., já devidamente transcrito, ~~pode ser decomposto em duas partes distintas ou seja, segura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, sem quaisquer condicionamentos e principalmente, protege os locais de cultos e suas liturgias, mas neste caso, na forma da lei.~~

Valendo-nos novamente do magistério sempre preciso do Prof. José Afonso da Silva¹¹, "é evidente que **não é a lei que vai definir os locais do culto e suas liturgias. Isso é parte da liberdade de exercício dos cultos, que não está sujeita a condicionamento. É claro que há locais, praças p. ex., que não são propriamente locais de culto. Neles se realizam cultos, mais no exercício da liberdade de reunião do que no da liberdade religiosa. A lei poderá definir melhor esses locais não típicos de culto, mas necessários ao exercício da liberdade religiosa. E deverá estabelecer normas de proteção destes e dos locais em que o culto normalmente se verifica, que é o templo(sic), edificação com as características próprias da respectiva religião. Aliás, assim o tem a Constituição, indiretamente, quando estatui a imunidade fiscal sobre "templos de qualquer culto"(sic) (art. 150, VI, "b")**" (destacamos).

Assim, a função do legislador e neste caso o federal (por tratar de norma que irá envolver interesses e assuntos específicos à todas as religiões, portanto de cunho genérico), deverá editar lei de **proteção aos cultos, aos locais que se realizam que são os templos** e ainda às liturgias, o que equivale dizer que, dentro da **liberdade constitucional, a lei não poderá impedir ou limitar a construção de templos**, vez que estes encontram-se resguardados por força de princípio da "Lex Legum", que deverá ainda ser regulamentado pela lei federal. Apenas para complementar, a lei de que fala o dispositivo constitucional, poderá ante a ampliação da liberdade religiosa, fixar limites "para ulterior aplicação do exercício do poder de polícia administrativa sobre os costumes"¹² (grifamos e destacamos).

Deparamos assim, s.m.e., com a **segunda inconstitucionalidade**, vez que **a lei deve proteger os templos e locais de cultos, e não impedi-los ou limitá-los.**

E não é só. A Constituição de 1988, em seu artigo 19, inciso I, assim dispõe:

Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municí-

pios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

¹¹ ob. cit. p. 227

¹² Breves Anotações à Constituição de 1988, CEPAM, p. 32

Mais uma vez, a pretensão encontra óbice de natureza constitucional, qual **seja, expressa vedação** aos entes da Federação, **inclusive os Municípios**, no sentido proibitivo de **embaraçar o funcionamento dos cultos religiosos**. Socorrendo-nos novamente dos ensinamentos de José Afonso da Silva¹³, encontramos: *“Enfim, cumpre aos poderes públicos não embaraçar o exercício dos cultos religiosos (art. 19, I) como protegê-los, impedindo que outros o façam”* (grifamos e destacamos).

Nesse teor, pode-se entender o espírito do legislador constituinte, qual seja, a total **liberdade e proteção à todos os cultos** de qualquer natureza, inclusive **transferindo ao Estado, o dever de proteção**, consoante combinação obrigatória deste dispositivo, com o contido no inciso VI, do art. 5º, todas da Carta da República de 1988. Segundo Pontes de Miranda¹⁴, *“embaraçar o exercício (sic) dos cultos religiosos significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso”* (destacamos).

Somente para ilustrar, trazemos a colação, vergonhoso episódio ocorrido em 1949, quando o Governo Federal contrariando a liberdade constitucional de culto, a pedido da Igreja Católica Apostólica Romana, proibiu a Igreja Católica Apostólica Brasileira, de realizar culto externo, nas ruas.

O caso foi ao Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Segurança nº 1.114, que culminou com a decisão da qual transcrevemos apenas o tópico final que se encontra “in” J. Cretella Jr.¹⁵

“Indeferiram o pedido, contra o voto do Exmo. Sr. Ministro HAHNEMANN(sic) GUIMARÃES. Deixaram de comparecer, por se acharem em gozo de licença, os Excelentíssimos Senhores Ministros Goulart de Oliveira e José Linhares, substituídos respectivamente pelo Exmos. Srs. Ministros Macedo Ludolf e Abner de Vaconcelos. Com exceção do único voto objetivo, sereno e jurídico do romanista, civilista e completo mestre do direito, do Ministro Hannemann(sic) Guimarães, de formação católica, que, com base no art. 147, § 7º, da Constituição de 1946, em vigor (“é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo os que contrariarem a ordem pública ou os bons costumes”), concedeu o pedido, os demais pronunciamentos foram emotivos e medievais, de tal modo que se Lutero, Calvino ou John Knox tivessem ressuscitado e impetrado mandado de segurança perante esses magistrados supremos, teriam seus pedidos denegados, não obstante dispositivo constitucional expresso assecuratório do livre exercício do culto religioso no Brasil” (destacamos)

13 ob. cit. p. 227

14 Comentários à Constituição de 1967 com a E.C. nº 1/69, t. II, p. 185

15 ob. cit. vol. I, pp. 220/250

O episódio tido como vergonhoso, foi assim descrito pelo mesmo J. Cretella Jr.¹⁶:

*“No entanto, em 1949, como assinalamos, o próprio Supremo Tribunal não permitiu que a Igreja Católica Apostólica Brasileira, fundada por Dom Carlos Duarte Costa, que se separara da Igreja Católica Romana, **tivesse o livre exercício de seu culto, o que feriu, em nosso País, a liberdade pública**(sic) do cidadão, em expandir sua crença religiosa, em público, a pretexto de que aquele exercício ofendia a ordem pública e os bons costumes, podendo, assim, ser limitado pelo poder de polícia do Estado”* (destacamos).

Todavia, a mais alta Corte do País, já sob a égide da Constituição Federal de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969, voltando a analisar a questão se pronunciou em favor do Ex-Bispo de Maura, que constituiu uma igreja nacional, com o mesmo rito da católica, mas desvinculada do Pontífice Romano¹⁷.

Ante o exposto, quer nos parecer caracterizada, s.m.j., uma terceira modalidade de **inconstitucionalidade na proposta**.

Os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais analisados e os ínclitos doutrinadores cujos textos foram transcritos, nos levam a conclusão da **impossibilidade jurídica de existir regra estabelecendo distância entre Templos Religiosos de qualquer natureza**, e, não vemos como uma lei municipal venha a impedir a concessão de licença de localização e funcionamento de novos Templos Religiosos, das mais diversas tendências e seitas no Município, adotando apenas como critério as distâncias mínimas que se pretende.

Pelas considerações expostas entendemos s.m.j., que a proposta a nós submetida **encontra-se eivada de ilegalidades e inconstitucionalidades, não merecendo prosperar através de qualquer ato normativo** de quem quer que seja.

Sem embargo de outras opiniões, é o nosso parecer,

S.m.e.

João Jampaulo Júnior.

17 Texto do Acórdão “in” Comentários à Constituição de 1967 com a E.C. nº 1/69, T.V., pp. 133/135

A produção de provas e a atuação do juiz

Ricardo Rodrigues Gama*

No que diz respeito à produção de provas, a atividade do juiz na direção do processo não pode ser ampliada ou restringida ao sabor do intérprete ou do legislador. A questão é muito complexa e merece ser analisada com profundidade os seus pormenores. Com isso, não é possível apresentar o nosso ponto de vista sem a sumária análise do sistema probatório nacional e suas tendências.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A palavra *prova* pode designar os meios probatórios ou a ação probatória desenvolvida por quem alega ou contesta os fatos. A prova está ligada a busca da verdade, ela traz como amparar uma afirmação e convencer alguém de um acontecimento. Em realidade, estamos a tratar da prova judicial, ou seja, aquela produzida em juízo pelas partes para o convencimento do juiz. Assim, a prova judicial se faz por meios indicados pelas partes e permitidos pela lei, os quais visam o convencimento do juiz acerca da ocorrência ou não de determinados fatos.¹

A definição de prova não é estática, isso porque, as mudanças promovidas pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina, refletem diretamente na sua frágil noção. Várias questões vão surgindo e, com isso, a definição de prova judicial passa a receber novos elementos. Com relação aos meios que servem a produção das provas, poderíamos dizer que se tem alargado o seu conceito por causa disso, passando ele a ser mais flexível. Diga-se o mesmo com relação a ação probatória, a qual não se limita somente à atividade das partes, cabendo ao juiz, em poucos casos, indicar as fontes e, em todos os casos, administrar a produção das provas.

No processo judicial, as provas são produzidas nos autos. Na prova testemunhal, por exemplo, com a participação das partes, o juiz vai inquirir a testemunha e fazer escrever o depoimento desta. Escrito, o depoimento vai ser incorporado aos autos. Com as demais provas a serem produzidas, o mesmo se dará. Ao sentenciar, o juiz só poderá considerar as provas que constarem dos autos do processo.

* Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá-SP. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP. Advogado.

1 Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 245-6; Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 2; Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, v. 3, p. 92.

Admitindo-se que o juiz possa indicar alguma prova a ser produzida, a definição deve ser acrescida da participação do juiz indicador de fontes probatórias. Não vamos incluir já este novo elemento, sem antes fazer uma análise no nosso ordenamento jurídico e das novas tendências. Para evitar precipitações, uma avaliação mais profunda faz-se necessária.

2. LIMITAÇÕES DOS MEIOS DE PROVA

Os meios de prova podem ser entendidos como: a) atividades desenvolvidas ~~para produzir a prova;~~ b) fontes, ~~como sendo a prova a ser produzida~~ Os meios de prova são veículos que transportam as provas para o processo. Esses meios ou instrumentos não são todos enumerados pela lei, porque, pela variedade de fatos ocorriáveis, impossível seria a previsão de todos meios hábeis para reconstituí-los ou dar acesso à sua veracidade.

Desta maneira, a prova será oral ou escrita. Podendo ela ainda contar com o elemento circunstancial. Em linhas gerais, a prova oral subdivide-se em testemunhal e depoimento pessoal; a prova escrita toma a forma documental e pericial. Os elementos circunstanciais da prova correspondem às presunções e aos indícios.³ As presunções são conclusões tiradas pelo juiz no exercício de seu intelecto ou na observância de disposição legal. Noutra passo, os indícios são meios para se conhecer ou aprofundar o conhecimento de determinado fato. Os indícios são compostos por outros fatos e circunstâncias. Ao apreciar as provas, o magistrado pode deparar-se com presunções legais absolutas e relativas. Assim sendo, as presunções e os indícios não são meios de provas, e, ainda, as espécies de provas mais ocorrentes são tratadas pelo legislador, como o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documentos ou coisas, a inspeção judicial, as provas testemunhal e pericial.

A fotografia e a fita magnética também podem ser utilizadas como meios de prova. É bom que se diga que a escuta telefônica de terceiros é ilegal, não devendo ser admitida como espécime probatória. Nem em nome da verdade real esta prova pode ser admitida, aliás, conforme se verá a seguir, não deve nem mesmo ingressar nos autos.

Não são todos os meios de prova que podem ser utilizados pelas partes para provar o alegado. Pelo Código de Processo Civil, deve-se respeitar a lei e legitimidade moral.⁴ Com mais precisão, a Constituição Federal traz que *são inadmissí-*

2 Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, v. 1, p. 352-3; José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, v. 2, p. 177; Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 257; Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393; Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, p. 95.

3 Roberto Barcellos de Magalhães, A Arte de Advogado no Cível à Luz do Novo Código de Processo, v. 2, p. 145; Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, v. 2, p. 465-70; Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393-4.

veis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.⁵ Na interpretação literal do dispositivo constitucional, vê-se claramente que a prova produzida por meios ilícitos não pode ir para os autos do processo. Barbosa Moreira⁶ acentua que o texto constitucional foi muito rígido e clama pela necessidade da imposição de limites a tal rigidez. A amenização da regra constitucional deve advir de emenda constitucional, a qual, se ocorrer, deve deixar clara a possibilidade da utilização das provas conseguidas por meios ilícitos. Como se encontra, em arremate, pode-se afirmar que as partes podem utilizar-se de todos os meios (lícitos) de provas admitidas em direito para atestar os fatos que alegam verdadeiros.

3. OBJETO DA PROVA

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, agora, o seu objeto é provar um fato ou um direito. Com mais freqüência, a prova tem como objeto um fato, pois, em geral, o direito deve ser conhecido por todos (pelo juiz).⁷

Em princípio, o direito deve ser conhecido do juiz, estando ele sempre ciente de sua existência, aplicação e vigência no caso que se apresenta. Contudo, o art. 337 dispõe que *a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz*. Como bem observa Pontes de Miranda, o direito não se alega, invoca-se.⁸ Assim, o direito invocado deve ser provado por que fez a invocação, não ficando a outra parte impedida de produzir a sua prova em sentido contrário. Como é o juiz quem exige o teor e a vigência do direito alegado, a parte pode perfeitamente aguardar tal decisão e, só depois, apresentar o dispositivo legal que invoca e provar a sua vigência. Ficou a cargo do juiz exigir o teor e a vigência por uma única razão, qual seja, ele pode conhecer do direito e dispensar a parte invocante de qualquer prova.

Os fatos a serem provados não são todos como se poderia pensar. Os fatos confessados, impertinentes, irrelevantes, incontroversos e notáveis, dispensam provas de sua existência. Ainda, devem ser acrescentados a esta listagem, os fatos cobertos pela presença de presunção de existência ou veracidade.⁹ Os fatos que não dizem respeito à causa são ditos impertinentes. Por serem confessados ou admitidos por ambas as partes, a comprovação dos fatos incontroversos não teria nenhuma utilidade. Os fatos notáveis são aqueles que, por serem conhecidos por

4 Conforme dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil, *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

5 Inc. LVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

6 José Carlos Barbosa Moreira, Efetividade do Processo e Técnica Processual, Repro 77/171.

7 Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, v. 2, p. 334; Lino Enrique Palácio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393; Zótico Batista, Código de Processo Civil Anotado e Comentado, v. 1, p. 164-5.

8 Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 283.

9 Edson Prata, Meios de Prova, in Revista de Crítica Judiciária 1/167.

todos, dispensa o uso do meio probatório para ser constatado. Cobertos pela presunção ou pela veracidade, os fatos independem de provas, pois o acesso a eles não apresenta nenhuma resistência, senão um exercício intelectual do juiz.

É claro que os pontos controvertidos devem ser constatados mediante o confronto da pretensão do pólo ativo e da resistência da parte contrária. Quando da realização da audiência, os pontos controvertidos já deveriam estar fixados pelo juiz por ocasião do despacho saneador.¹⁰ Acaso isso não ocorra, a fixação pode se dar no início da instrução, dando-se a oportunidade às partes para que elas se manifestem, o juiz fixa os pontos controvertidos.¹¹ Na prática, como sempre ocorre, o juiz não fixa os pontos controvertidos e isso não acarreta nenhuma invalidação.¹²

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO

Muitos são os princípios que informam a instrução probatória no processo. Dentre eles, podemos citar os princípios dispositivo, da verdade formal, da distribuição do ônus da prova, do livre convencimento do juiz.

Pelo princípio dispositivo, as partes devem indicar as provas, podendo o juiz implementar de ofício, a produção das provas que achar ser necessária. No caso das testemunhas, as pessoas mencionadas pelas partes ou pelas testemunhas já ouvidas podem ser intimadas por determinação do magistrado.¹³ Na inspeção judicial, o juiz pode inspecionar por sua própria determinação (de ofício).¹⁴ É o princípio da busca da verdade real que autoriza o juiz agir de ofício em determinadas situações previstas por lei, contudo, no processo civil, vigora o princípio da verdade formal, o qual não autoriza tal investida do juiz. Pela força do princípio da distribuição do ônus da prova, a indicação das provas, bem como os meios a serem utilizados deveriam ficar por conta somente das partes. Mas, como já vimos, a verdade real ameniza a tenacidade desses princípios que querem fazer do juiz um simples operador. Essa condição atribuída ao juiz não pode ter sustentação dentro da melhor doutrina, porque é para a decisão do magistrado que as provas são produzidas, é ele que deve ser convencido da verdade, enfim, ele é quem vai decidir, por isso, ele deve participar ativamente da produção das provas.¹⁵ No livre convencimento, o juiz vai valorar as provas conforme lhe pareça melhor, conforme a sua convicção. Ainda com relação ao livre convencimento, o magistrado não deve fundamentar o seu posicionamento diante dessa ou daquela prova produzida nos autos; acentue-se que a fundamentação é requisito da decisão e não da escolha e apreciação das provas.

10 § 2º, do art. 331, do Código de Processo Civil.

11 Art. 451, do Código de Processo Civil.

12 Fátima Nancy Andrighi e Sidnei Agostinho Beneti, *O Juiz na Audiência*, p. 23.

13 Art. 418, I, do Código de Processo Civil.

14 Art. 440, do Código de Processo Civil.

15 Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, v. 2, p. 507-8; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 374.

Pode parecer que existe conflito entre os princípios probatórios, contudo, uma análise bem detida vai revelar a sua completa harmonia. Em conclusão, se os princípios foram criados para nortear a produção de provas, eles não podem estar em contradição.

5. A BUSCA DAS PROVAS PELO JUIZ

No rigor do princípio da distribuição do ônus da prova, às partes cabe provar o alegado. Assim, as partes deveriam ficar encarregadas de produzir as provas que vão levar a verdade dos fatos.

Na sistemática do Código de Processo Civil, *o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*.¹⁶ Servindo como bloqueador, o princípio da imparcialidade do juiz limita a participação deste na indicação das provas a serem produzidas. O rigor da imparcialidade é superado quanto se tratar de matéria de ordem pública, na qual o juiz pode determinar a produção de prova ou a sua complementação.¹⁷

Mas o juiz, diante da possibilidade da insuficiência probatória, deve permanecer inerte? A verdade não pode ser atingida se as provas não são todas produzidas, ficando uma das partes injustiçada. Diante da insuficiência das provas produzidas, seja o direito de ordem pública ou não, ao juiz caberia complementar as provas, determinando a dilação probatória? Diante da questão proposta, existem aqueles que se mostram favoráveis à atuação do juiz, como Cappelletti, Bedaque, Echandía. Insista-se que o nosso sistema não admite a interferência aberta do juiz, não sendo possível que ele saia em busca das provas. Os posicionamentos dos referidos autores, os quais serão comentados a seguir, serve de incentivo à alteração da lei (já que ela não admite a busca de provas pelo juiz).

Antes de ingressar na resposta, é bom deixar claro que estamos tratando da atuação do juiz na fase probatória. Não se pode exigir que o juiz busque provas como imposição, pois, como são as partes que alegam, o juiz deve ter a faculdade de determinar a produção de provas *ex officio*. Em caso de proposta da alteração da lei, é bom afastar o equívoco da exigência no lugar da faculdade.

Em geral, o ônus da prova cabe a quem alega; poderíamos dizer que existe um ônus formal das provas, o qual é atribuído às partes.¹⁸ Nesse contexto, quando a obrigação de buscar a verdade ficar por conta do juiz, há o ônus da prova material.¹⁹

Cappelletti apresenta fortes argumentos em favor da ampliação dos poderes

16 Art. 333, incs. I e II, do Código de Processo Civil.

17 José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, p. 259; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 374.

18 James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, p. 253.

19 Mauro Cappelletti, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, p. 124-6.

do juiz. Depois de acentuar a direção material do processo nos países do *Common law*, ele analisa e critica o tratamento de sujeito processual. Em decorrência desse tratamento é que a disponibilidade das provas ganhou força e a imparcialidade do juiz passou a ser vista de forma bem acentuada. Com as mudanças, as partes deixariam de ser donas do processo e passariam a condição de colaboradoras. O tratamento das partes seria de uma igualdade material e não prejudiciaria a imparcialidade do juiz.²⁰

Com uma certa coerência, pregando a obrigação das partes e a faculdade do juiz em produzir as provas, encontra-se Santiago Melendo.²¹ Ainda, com a lição de Melendo, as partes têm direito de dispor das provas, isso porque elas são seus direitos disponíveis processuais. Até contra o disposto no art. 418 do nosso Código, Melendo se posiciona, entendendo que este dispositivo fere o direitos das partes.

No Brasil, José Roberto dos Santos Bedaque defende a autonomia da atividade instrutório do juiz, preconizando que o juiz deve ir à procura da verdade e tentar descobri-la²². Pela plena interferência do juiz, fazendo dele um procurador de provas, Bedaque acentua a natureza pública do direito processual²³.

Ao tratar monograficamente sobre o princípio dispositivo em direito probatório, Hélio Márcio Campo acusa as argumentações daqueles que clamam pela ampliação dos poderes do juiz na busca das provas, são elas: a) o processo não é coisa privada das partes e de seus advogados; b) o juiz não é um expectador no processo; c) pelo seu posicionamento, o juiz assume a função de árbitro privado, não promovendo uma justiça eqüânime, rápida, simples e equilibrada; d) a distância entre a verdade dos autos e dos fatos que se alega; e) a disposição não pode alcançar o processo, mas, sim o objeto dele; f) a desigualdade das partes é garantida pelo processo dispositivo²⁴.

6. CONCLUSÃO

Atribuir poderes ao juiz sem qualquer critério para avaliar antecipadamente as suas conseqüências, ao nosso ver, não é a melhor solução. É a cultura que deve determinar a intensidade das mudanças, isso para evitar uma generalizada confusão. As atribuições do juiz só iriam ganhar um *plus*, considerando que ele já possui muitos poderes.

As exclusões que fazem Cappelletti não são muito convincentes e podem causar um certo desconforto se tornar possível a procura das provas pelo juiz. A realidade brasileira, na qual existem muitos juízes despreparados, será que seria

20 Ibid., p. 122-7.

21 Santiago S. Melendo, *La Prueba*, p. 16-9.

22 José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 13-4.

23 Ibid., p. 10.

24 Hélio Márcio Campo, *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*, p. 166.

possível já vislumbrar a relação saudável entre o juiz e as partes, sem preferências e violação do princípio da imparcialidade?

As tormentas de uma reforma que atribuiria mais poderes ao juiz, se mal entendida pode resultar numa catástrofe. E os limites do juiz, quem poderia impor algo a ele? Ninguém, evidentemente. Poderíamos ter magistrados comparados aos deuses no olimpo (inatingíveis e irresponsáveis).

Por outro lado, argumentam que as decisões poderiam apresentar uma uniformidade maior da que temos hoje. Hodiernamente, duas pessoas podem ingressar em comarcas diferentes com os mesmos direitos e, por deficiência probatória, somente uma pode ter o seu direito reconhecido. O atual sistema é conhecido por todos, não produziu as provas não sai vencedor. Agora, como será o sistema inquisitorial a ser instalado? É difícil posicionar, pois, se ele não foi adotado neste ou naquele país, porque não analisar as suas vantagens e desvantagens.

No Brasil, como bem constatou Melendo, o magistrado tem um certo poder para procurar as provas. É o que dispõe o art. 418 do nosso Código. Trata-se de uma base amenizadora da imparcialidade do juiz, por meio da qual o juiz pode buscar as provas partindo de outras já existentes.

Apesar dos pontos positivos, para nós aparentemente positivos, somos contrários a ampliação desordenada dos poderes do juiz na produção de provas no processo judicial. Preferimos um sistema híbrido como o vigente entre nós.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda. (1997) *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª ed., São Paulo, RT.
- AMORIM, Edgar Carlos de. (1989) *O Juiz e a Aplicação das Leis*, Rio de Janeiro, Forens.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy, e BENETI, Sidnei Agostinho. (1997) *O Juiz na Audiência*, São Paulo, RT.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. (1998) *Aplicação do Direito e contexto Social*, 2ª ed., São Paulo, RT.
- BATISTA, Zótico. (1940) *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Rio de Janeiro, Jacinto.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (1991) *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo, RT.

- CAMPO, Hélio Márcio. (1994) *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1972) *La oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, trad. Santiago S. Melendo, Buneos Aires, EVEA.
- CHIOVENDA, Giuseppe. (1965) *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. (1996) *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros.
- CIRIGLIANO, Raphael. (1981) *Prova Civil*, 2ª ed., São Paulo, RT.
- COSTA, Moacyr Lobo da. (1983) *Confissão e Reconhecimento do Pedido*, São Paulo, Saraiva.
- COUTURE, Eduardo J. (1995) *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, trad. Mozart Victor Russomano, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. (1993) *A Instrumentalidade do Processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros.
- ECHANDÍA, Devis. (1984) *Teoria General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. (1996) *Função Criadora do Juiz*, Brasília, Brasília Jurídica.
- GOLDSCHMIDT, James. (1936) *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Pietro Castro, Buenos Aires, Labor.
- GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. (1996) *Teoria General del Derecho Procesal: Jurisdicción, Acción y Proceso*, Buenos Aires, Ediar.
- MACEDO, Maury R. de. (1981) *A Lei e o Arbítrio à Luz da Hermenêutica*, Rio de Janeiro, Forense.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. (1989) *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense.

- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. (1978) *A Arte de Advogar no Cível à Luz do Novo Código de Processo*, Rio de Janeiro, José Konfino.
- MARQUES, José Frederico. (1975) *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva.
- MELENDO, Santiago S. (1978) *La Prueba*, Buenos Aires, EVEA.
- MIRANDA, Pontes. (1996) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- PALACIO, Lino Enrique. (1996) *Manual de Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- PODETTI, J. Ramiro. (1963) *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediar.
- PORTANOVA, Rui. (1997) *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- ROCHA, José de Albuquerque. (1996) *Teoria Geral do Processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. (1994) *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva.
- SANTOS, Moacyr Amaral. (1989) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 4.
- SANTOS, Moacyr Amaral. (1998) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. (1998) *Curso de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo, RT.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da, e GOMES, Fábio Luiz. (1997) *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo, RT.

Recurso Extraordinário

Rolff Milani de Carvalho*

NOÇÕES GERAIS

Ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através do complexo de atos que é o processo.¹

A ação tem natureza constitucional (art. 5º, inc. XXXV) e deve desenvolver-se através do *“devido processo legal”* (art. 5º, inc. LIV).

A ação materializa-se no processo, quando o primeiro ato processual é praticado (art. 263, do CPC) e, nada obstante a redação do art. 329º do CPC, o fim do processo ocorre com o provimento jurisdicional (sentença) passado em julgado. Portanto, através da ação se provoca a jurisdição para pacificação da lide, que apenas ocorre com o trânsito em julgado, vez que *“a interposição de um recurso é sempre ato que se insere na própria linha processual a que pertence a decisão impugnada.”*³

É princípio impostergável de nosso direito o *“duplo grau de jurisdição”*, nada obstante não existir sobre a matéria um dispositivo constitucional direto, como o do *devido processo legal*. Todavia, apura-se sua consagração na norma fundamental através dos arts. 5º, LV⁴; art. 98, F; 102, II⁶; 105,

* Chefe da Procuradoria Judicial do Município de Jundiá, Advogado, Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito Padre Anchieta, Professor de Direito Comercial da Universidade Paulista – UNIP–Campinas, pós-graduado em Direito Comercial e Mestrando em Direito Processual Civil pela UNIP-CAMPINAS

1-Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Ed. Malheiros, 9ª Ed., 2ª Tiragem, 1.993, p.210

2 - “Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, ns. II a V, **o juiz declarará extinto o processo.**”

3 - J.C. Barbosa Moreira, in Juízo de Admissibilidade no sistema dos Recursos Cíveis, pg. 95

4 - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório ~~completo~~ e o **ampla defesa, em os meios e recursos a eles inerentes;**”

5 - I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o **julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;**

6 - “II - julgar, **em recurso ordinário:**

a) a habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;”

II⁷; 108, II⁸; 109, § 4⁰⁹; 121, § 4⁰; e também nos arts. 102, III e 105, III; todos da CF. É exceção a irrecorribilidade (art. 121, § 3⁰)¹⁰.

Vozes levantam-se pela eliminação dos recursos, como fator de aceleração da prestação jurisdicional, esquecendo-se, todavia, que “A conveniência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contra-põe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito.”¹¹ Sendo de boa política legislativa o encontro, dentro do processo, do ponto mediano entre a rapidez e a garantia de impugnação “ante a inafastável possibilidade do erro judiciário”.¹² Destacando-se que ao “se instituírem os recursos, reduziu-se, sensivelmente, o perigo do erro dos juízes, visto por Carnellutti com uma grande nuvem, obscurecendo o céu do direito processual.”¹³

As decisões judiciais são impugnáveis, tradicionalmente, segundo a doutrina internacional, através dos *recursos* e das *ações autônomas de impugnação*¹⁴. Aqueles, também denominados de *recursos ordinários* com nítido caráter obstativo do trânsito em julgado e estas “*contra decisões já revestidas da auctoritas rei iudicatae*”.¹⁵

DOS RECURSOS

Na classe dos recursos ordinários, de acordo com nosso sistema processual, colaciona-se: apelação; agravo; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário (CPC, art. 496, I a VII) e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (CPC, art. 496, VIII) e com caráter extraordinário temos a Ação Rescisória (art. 485 do CPC). Dado as peculiaridades de nosso direito objetivo processual todos os atos impugnativos que empecem à formação da coisa julgada são recursos e se classificam em **ordinários e extraordinários**,¹⁶ incluindo-se no campo desses

7 - “ II - julgar, **em recurso ordinário**:

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliado no País.”

8 - “ II - julgar, **em grau de recurso**, as causas decididas pelos juizes federais e pelos juizes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.”

9 “§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, **o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal** na área de jurisdição do juiz do primeiro grau.”

10 - “§ 3º **São irrecorríveis** as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança.”

11 - J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Ed. Forense, 1.974, 187.

12 - J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Ed. Forense, 1.974, 187.

13 - Sérgio Bermudes, Ed. Revista dos Tribunais, Comentários ao Código de Processo Civil, 1.975, Vol. VII, pg 9

14 - cf. J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Ed. Forense, 1.974, 188, citando Calamandrei, La Cas. Civ., T II, págs. 216 e ss

15 - J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Ed. Forense, 1.974, 190

16 - Classificação quanto a fonte legal do recurso: lei processual ou Constituição Federal

últimos o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, já que seu uso não dá ensejo à instauração de um novo processo, “*senão que apenas produz a extensão do mesmo processo até então fluente.*”¹⁷ Assim, o que comumente é denominado pela doutrina alienígena tradicional de Recurso Extraordinário, em nosso direito é Ação Rescisória, ou seja ação autônoma de impugnação de uma decisão judicial.

As decisões de primeira instância, “lato sensu”, em regra, são impugnáveis por agravo de instrumento (art. 522 c/c art. 162, § 2º, CPC); por apelação (art. 513 c/c 162, 1º, CPC) e embargos de declaração (art. 535, CPC) e as de Segunda Instância impugnáveis por embargos de declaração (art. 535, CPC), Embargos Infringentes (art. 530, CPC), Recurso Especial (art. 496, VI e 105, III da CF) e Recurso Extraordinário (art. 496, VII e 102, III da CF) e esses dois últimos por embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 496, VIII do CPC). Nos Tribunais ainda existem os agravos regimentais e outros recursos expressamente figurados, tal como o recurso de agravo contra despacho denegatório do recurso especial e ou extraordinário.

CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Os recursos estão condicionados a existência de decisões desfavoráveis e se subordinam aos denominados *pressupostos do recurso, ou condições de admissibilidade recursal*, cuja verificação antecede o julgamento e é denominado de *Juízo de Admissibilidade*, o qual cumpre verificar da existência ou não dos pressupostos subjetivos e objetivos. Tal verificação se faz, primeiramente, pelo Juízo impugnado e posteriormente pelo Juízo recursal.

A análise da existência dos pressupostos de admissibilidade dos recursos independe de provocação da parte, uma vez que são tratados por normas de ordem pública¹⁸ e recebe a denominação de Juízo de Admissibilidade, consistente, pois, numa declaração de que os pressupostos recursais foram atendidos, impulsionando verticalmente o processo, sem caráter obstativo de reapreciação pelo Juízo recursal.

Apenas está legitimado a recorrer quem sofreu gravame com a decisão prolatada (quaisquer das partes), terceiros prejudicados e o Ministério Público (art. 499, do CPC).

PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS

São pressupostos objetivos dos recursos:¹⁹

17 J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Ed. Forense, 1.974, 190

18 “A intempestividade é matéria de ordem pública, declarável de ofício pelo tribunal” (RSTJ 34/456). Neste sentido: RTJ 86/359 (voto do Min. Xavier de Albuquerque, à p. 361), RF 251/330, JTA 87/354.

19 cfe. Moacyr Amaral Santos, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º Vol., Ed. Saraiva, pg 85

- a) recorribilidade da decisão;
- b) adequação;
- c) singularidade;²⁰
- d) tempestividade;
- e) preparo.

“Como pressuposto subjetivo é que ele deve ser interposto por quem para isso esteja legitimado”.²¹ Ou seja, aquele que ficou sucumbente, total ou parcialmente, por uma decisão judicial.²² São, pois, pressupostos subjetivos: a) a legitimidade (art. 499, CPC); e b) o interesse, que decorre da sucumbência

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA

O Recurso Extraordinário, no Brasil, surgiu com semelhanças ao *writ of error* norte-americano consagrado na Lei ordinária (Judiciary act), de 24 de setembro de 1.789, que dispunha em seu art. 25, verbis:

“Deve ser revista pela Suprema Corte, para ser cassada ou confirmada, a decisão da mais alta corte de um dos Estados, em causa em que se questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contrária à validade; quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual, sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais, e a decisão for pela validade; quando se reclamar algum título, direito, privilégio ou imunidade com fundamento na Constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União, e a decisão for contra o título, direito, privilégio, imunidade, especialmente invocados pela parte, em face de tal Constituição, tratado, lei ou ato”

O instituto alienígena, que passou por modificações ao longo do tempo, visava o princípio da hierarquia das leis, sua unidade e autoridade na aplicação pelos tribunais locais, **bem como a força e obrigatoriedade uniforme da Constituição**

20 - observar, todavia, que nos acórdãos não unânimes, cuja decisão foi por capítulos, havendo parte unânime e parte não, deverão ser opostos embargos infringentes (quanto a primeira parte) e recurso extraordinário e ou especial, quanto à segunda.

21 - cfe. Moacyr Amaral Santos, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º Vol., Ed. Saraiva, pg 90

22 - sobre legitimidade recursal ver art. 499, do CPC

O mesmo princípio foi adotado, entre nós, com a proclamação da República, através do Decreto 848, de 11/10/1.890 (art. 9º, nº II, letras “b” e “c”²³), que organizou a Justiça Federal e criou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O recurso Extraordinário foi alçado a nível de recurso constitucional na Carta Política de 24 de fevereiro de 1.891, com perda da letra “c” (art. 59), passando a ter o seguinte campo de atuação:

“Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recursos para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis impugnadas”.

Na reforma constitucional de 06 de setembro de 1.926 o instituto permaneceu, praticamente, inalterado.

Pela Carta Fundamental de 16/07/1.934, com a instituição da unidade do direito processual por todo o país, ocorreu ampliação do campo de penetração do recurso extremo, **às causas decididas em única ou última instância** pelas justiças locais. (v. art. 76, nº 2, III), o que foi mantido, praticamente na íntegra, pela Carta Constitucional de 10 de novembro de 1.937 (art. 101, III) e também na Constituição de 18 de setembro de 1.946 (art. 101, III, com pequena ampliação), até atingir a redação contida na Constituição de 24/01/1.967, em seu art. 114, nº III, *verbis*:

“Art. 114.

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes, quando a decisão recorrida:

- a) **contrariar dispositivo dessa Constituição** ou negar vigência de tratado ou lei federal;
- b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal**;
- c) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”.

O art. 115, parágrafo único, alínea c, veio a admitir criação de Regimento Interno com competência para estabelecer condições de admissibilidade aos re-

23 “b - quando a validade de uma lei, ou ato de qualquer Estado, seja posta em questão como contrária à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão final tenha sido contrária à validade da lei ou do ato”

“c - quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou de cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou da cláusula.”

curso para o STF, gerando infinidades de decisões restritivas ao cabimento do Recurso Constitucional; sendo que, pela Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1.969 suprimiu-se a possibilidade do Extraordinário contra decisões de juízes singulares, bem como alterou-se o art. 119, III, para permitir que o STF, em seu Regimento Interno limitasse as hipóteses recursais “quanto à natureza, espécie ou valor pecuniário”, sendo que, pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1.977, passou-se a admitir que o Regimento Interno do S.T.F. contasse com dispositivo denominado de arguição de relevância, que tantos entraves veio a gerar para admissão do RE.

Na novel Carta Fundamental de 05 de outubro de 1.988, criou-se o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, com competência para julgar diversos feitos e recursos que competiam ao Supremo Tribunal Federal, surgindo o Recurso Especial (art. 105, III), ficando assim estatuído a atividade da Corte Suprema:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, **precipualemente, a guarda da Constituição**, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade²⁴ de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;²⁵⁻²⁶

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores; os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) a habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

24 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Normas constitucionais originárias - Pretendida declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras, sob a alegação de haver hierarquia entre elas - Impossibilidade jurídica do pedido - sistema brasileiro de Constituição rígida. (RT 732/147-154)

25 - Redação de acordo com a Emenda Constitucional nº 3, de 1.993, cuja redação anterior era:

“a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

26 - Conforme lição do Juiz Paulo Eduardo Razuk “uma lei de ordem pública inconstitucional não é de ordem pública” (Sob o Feixe dos Lictores, RJE-Revista de Jurisprudência Escolhida do 1º TACIVSP, vol. 2, p. 17)

- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;
- i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superior, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) a habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas decididas em única ou última instância**,²⁷⁻²⁸ quando a decisão recorrida:

a) contrair dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.²⁹

27 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Interposição da decisão de juiz de 1º grau de jurisdição em única instância - Admissibilidade. STF - RT 703/229-230.

28 - RECLAMAÇÃO - Cabimento - Decisão de Juiz Presidente de Colégio Recursal do Juizado Especial de Pequenas Causas que não conheceu do agravo de instrumento interposto contra denegação de recurso extraordinário - Alegada falta de previsão na legislação específica - Inadmissibilidade - Julgamento do agravo que é da competência exclusiva do STF. (STF-RT 701/217-218)

29 - "A Existência desse duplo sistema de controle direito exige, outrossim, novas reflexões quanto aos limites da coisa julgada da sentença de rejeição de inconstitucionalidade referente à lei estadual, devendo a Corte Federal, nesse caso limitar-se a declarar a sua compatibilidade com o texto Magno Federal. Deverá, abster, portanto, de reconhecer a validade da lei estadual, uma vez que esta poderá vir a ser declarada inconstitucional in abstracto em face do ordenamento estadual (Cf. Controle, pg. 326, nota 50, Profº Gilmar Ferreira Mendes).

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.³⁰⁻³¹

§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.³²

Observa-se que a amplitude, não do recurso extraordinário, **mas sim das causas submetidas** em única instância ou como juízo do *duplo grau de jurisdição* atribuído ao mais alto Tribunal do País é que lhe consome; não havendo, portanto, fundamento às críticas que se levantam ao extremado recurso, nem motivo compreensível aos empecilhos que são levantados no Juízo de Admissibilidade, como se verá.

DA DENOMINAÇÃO

A nomenclatura emprestada às impugnações de decisões de única ou última instância para o Supremo Tribunal Federal surgiu em seu Regimento Interno de 26 de fevereiro de 1.891 e consagrada na Lei 221, de 20 de novembro do mesmo. Afinal, a nomenclatura RECURSO EXTRAORDINÁRIO foi constitucionalizado na Carta Magna de 1.934, perdurando até hoje, apenas que desdobrado (Recurso Extraordinário e Recurso Especial).

DOS REQUISITOS RECURSAIS

O Recurso Extraordinário, como uma das espécies colocadas à disposição da parte sucumbente, para impedir a formação de coisa julgada, está sujeito aos mesmos requisitos objetivos e subjetivos dos demais meios impugnativos das decisões judiciais, além dos que lhe são próprios.

Assim há que ater:

- a) FORMA PROCESSUAL PRÓPRIA (STF, Ag nº 133.702-8-RJ, DJU de 2.4.91, p. 3447³³)
- b) PREPARO oportuno e completo;
- c) A exposição do fato e do direito;
- d) Temas da decisão impugnada;
- e) Razões de reforma ou motivação;
- f) Protocolo correto e no local próprio.

30 - A Emenda Constitucional nº 3, de 1.993, incluiu mais um parágrafo, portanto esse passou de único a primeiro.

31 - Esse dispositivo se encontra com "letra morta", pela falta de regulamentação

32 - Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 3, de 1.993

33 - citado em Recurso Especial e Extraordinário, Samuel Monteiro, Ed. Hemus, 1ª Ed., 1.992, 28

CAUSAS

Fica evidenciado pela dicção do artigo 102, III (CF) que apenas será submetido ao apelo extremo as *quaestio juris* e jamais as *quaestio factis*.³⁴

Portanto, “**causas**” para fins de recurso extraordinário é a existência de “*uma lide, um litígio, uma disputa de direito material onde se litiga por esse direito, o que afasta desde logo as decisões em questões administrativas, embora julgadas por um tribunal local, como disponibilidade de juiz, de desembargador, reforma de militar das polícias militares estaduais, dúvidas em registros de imóveis*”³⁵ e decisões do Presidente de Justiça dos Estados no processamento dos Precatórios, como reiteradamente tem decidido os Ministros da Corte Suprema, negando Juízo de Admissibilidade, verbis:

DESPACHO: 1. O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, exercendo a competência prevista no artigo 100, § 2º, da CF, apurou diferenças entre o valor devido e o depositado pelo agravante em cumprimento a diversos ofícios requisitórios, e determinou que a complementação fosse efetuada em 90 dias. Julgando agravo regimental interposto pelo Município, o Tribunal a quo, em sua composição plenária, manteve a determinação do Presidente (fls 13/18). 2. Insurge-se o RE contra essa decisão, alegando ofensa aos arts. 100, 165, II, §§ 5º e 9º, 166, 167, I, III, V, VI e IX, da Constituição. 3. O Extraordinário é inviável. Possui caráter administrativo, e não jurisdicional, a competência do Presidente do Tribunal para determinar o pagamento das importâncias devidas pelas Fazendas Públicas, Por conseguinte, a decisão proferida pelo Plenário, apesar de nula - uma vez que a competência do Presidente, sendo exclusiva, não admite revisão, mediante recurso, por qualquer outro órgão do Tribunal - é igualmente administrativa, não ensejando, portanto, o cabimento do RE. Pelo exposto, nego seguimento ao agravo. (STF-Min. Relator Sepúlveda Pertence, 27/04/95, decisão no Agravo de Instrumento nº 160.002-1-SP, DJU nº 88, de 10/05/95, Seção 1, fls 12.744, 1ª coluna)

Entende-se que o reconhecimento do descumprimento de decisão judicial pelos Chefes dos Poderes Executivos, em pedidos de intervenção não se constitui em causa, no sentido técnico-jurídico, porquanto não reflete um ato jurisdicional, mas sim político-administrativo, não ensejando recurso extraordinário, verbis:

34 - Súmula 279 do STF (Questão de fato): “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

35 - Recurso Especial e Extraordinário, Samuel Monteiro, Ed. Hemus, 1ª Ed., 1.992, pág.XVII

EMENTA: Por não se tratar de causa, em sentido próprio mas de providência administrativa, da privativa iniciativa do Tribunal de Justiça, não cabe recurso extraordinário contra decisão daquela Corte, que julgou procedente pedido de intervenção federal, por suposto descumprimento de decisão judicial (art. 34, VI, da Constituição Federal). - (DJU, 23/04/1999 - **RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 203.175-5 (207)**)³⁶

Nesse sentido é o magistério do saudoso **Hely Lopes Meirelles**, “Direito Municipal Brasileiro”, Malheiros Ed., 8ª ed., p. 105, **Pontes de Miranda**, “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, tomo II, 2ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, pg 190; **José Celso de Mello Filho**, “Constituição Federal Anotada”, 2ª edição, Saraiva, 1986, p. 108; **José Afonso da Silva**, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 6ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 417; **Enrique Ricardo Lewandowski**, “Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil”, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 36/37.

DECISÃO EM ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA

O R.E exige, em apertada síntese: 1) **prequestionamento**; 2) **fundamento de direito**; 3) **quaestio juris constitucional**,³⁷ 4) **regularidade processual** e 5) **exaurimento dos recursos ordinários**.³⁸ Observa-se, todavia, que ao contrário do Recurso Especial, é jurídico a interposição de Recurso Extraordinário quando a decisão recorrida é proferida por Juízo Singular em única instância, como acontece na hipótese prevista na Lei 6.830, de 1.980, ou seja, embargos infringentes nas causas de alçada e das decisões proferidas pelos Colégios Recursais dos Juizados Especiais de Pequenas Causas,³⁹ bem como nas decisões irrecorríveis da Justiça do Trabalho, sempre que presentes uma das hipóteses das alíneas do inciso III, do art. 102.

DO PREQUESTIONAMENTO

O tema **prequestionamento** é o que mais tem atormentado as partes sucumbentes, estando em debate *quaestio* de constitucionalidade ou

36 - ver também: RE 164.458-DF-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 2/6/95 e STF, pleno)

37 - Súmula 282 do STF (Pquestionamento): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”

38 - Súmula 281 do STF (Decisão recorrível): “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

39 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Interposição da decisão de juiz de 1º grau de jurisdição em única instância - Admissibilidade. STF - RT 703/229-230.

RECLAMAÇÃO - Cabimento - Decisão de Juiz Presidente de Colégio Recursal do Juizado Especial de Pequenas Causas que não conheceu do agravo de instrumento interposto contra denegação de recurso extraordinário - Alegada falta de previsão na legislação específica - Inadmissibilidade - Julgamento do agravo que é da competência exclusiva do STF. (STF-RT 701/217-218)

inconstitucionalidade de lei ou ato jurídico, ante a falta de expresse contorno legal sobre o tema, ficando ao sabor subjetivista do Julgador, que, reiteradamente opõe óbices ao conhecimento, pelas mais diversas razões, a fim de desviar-se da verdadeira motivação: a incapacidade administrativa de adequar o Judiciário de condições suficientes ao julgamento de todas as causas de sua competência. Assim, rotineiramente é observável um subjetivismo irracional e ilógico, podante da *subida* do recurso, por mais errado, nulo ou esdrúxulo que seja o acórdão do tribunal local, transformando o cabimento do recurso extraordinário e especial numa verdadeira miragem, levando ao absurdo de que aos nossos: a lei (inexistente sobre o tema); aos outros o rigor do conceito de prequestionamento⁴⁰.

DAS FINALIDADES DO PREQUESTIONAMENTO

As finalidades do prequestionamento são:

- a) evitar-se a **supressão de instância**, ou seja, que ocorra decisão por um Tribunal sobre determinada matéria, sem que a mesma tenha sido objeto de apreciação pelas instâncias anteriores;
- b) **manutenção da ordem constitucional das instâncias ou do sistema jurídico**,⁴¹ isto é, ordinariamente deve ocorrer decisão em Primeira Instância, dessa cabe Recurso para o Tribunal e em última hipótese, viabiliza-se o Recurso Extraordinário e Especial.
- c) **evitar-se a surpresa da parte contrária**, com inovação pela alegada ofensa a Constituição, vulnerando, também, as duas premissas anteriores.

Se diz que o prequestionamento de determinada matéria é “*quando o órgão prolator da decisão impugnada, haja adotado explicitamente tese a respeito e, portanto, emitido Juízo*” (Min. Marco Aurélio, Rel. Em. Decl. no Agr. em RR nº 227/84, plenário do TST; v.u., DJU-I de 6.6.86, p. 9.985, 1ª coluna, in medio), mas “*O requisito do prequestionamento não pressupõe apenas que a matéria tenha sido mencionada na instância ordinária, mas que tenha sido discutida, tornando res controversa, res dubia*” (STF, RTF 118/643, Min. Carlos Velloso) ou ainda: “*Significa o debate (anterior) do tema da causa. Não é a indicação formal dos dispositivos de lei eventualmente aplicáveis à espécie*” (Min. Vicente Cernicchiaro, Rel. do Ag. nº 7.330-SP, STF, DJU-I de 1/2/91, p. 451)

MOMENTO DE PREQUESTIONAR

Pelo Recorrente: O prequestionamento deve ser firmado, a princípio, pelo recorrente⁴², já na propositura do recurso contra a decisão do juiz de 1º grau; ou no

40 - cfe. Samuel Monteiro, in Recurso Especial e Extraordinário, Ed. Hemus, 1ª Ed., 1.992, pg. 37

41 - vide Súmula 281, do STF

42 - RTJ 113/789, 110/311 e 109/371

feito originário em 2º grau,⁴³ salvo quando a violação ao preceito constitucional emergir da decisão em 2ª Instância.⁴⁴

Pelo Recorrido: Tem se entendido que ao recorrido cabe o dever de prequestionar os temas ou as matérias objeto da decisão recorrida, em suas contra-razões, possibilitando apreciação e juízo valorativo pelo Tribunal local (STF, Ag. nº 132.373-6-SP, DJU-I de 2.8.89, p. 12.497).

Matéria não apreciada:⁴⁵ Não é raro que o julgamento proferido não enfrente implicitamente a matéria constitucional alegada, mesmo após embargos declaratórios,⁴⁶ emergindo entendimento de que ante a suscitação (na contestação, apelação e declaratórios) estaria preenchido o requisito do prequestionamento (STF-RE nº 102.133-1-MG, E. Decl, DJU de 14/6/85, p. 9.571).

Não comungo de referida opinião, porquanto, ao deixar de apreciar a *quaestio juris* em relevo, mesmo após oposição dos declaratórios, não há que se admitir pela inaplicabilidade virtual do comando constitucional pertinente ou sua vulneração, mas sim, presente se encontra vulneração do artigo art. 5º, XXXV⁴⁷ da CF e 535, II do CPC, negando recusa a prestação jurisdicional, aliás, na esteira do que vem sendo sufragado pelo Eg. STJ:

“Não há como suprir, na via extraordinária, eventual omissão do acórdão proferido na apelação. Se o tribunal local, a despeito de instado a fazê-lo, por meio de embargos de declaração, omitiu ponto sobre que devia pronunciar-se, poder-se-ia cogitar de negativa de vigência ao art. 535 do CPC, questão que não foi suscitada no recurso especial. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ - Ac. da 3ª T., publ. em 19-12-94 - ED-RESP 27.416-7-RJ- Rel. Min. Costa Leite - Delfin Capitalização S.A x Ubatuba Agropecuária Industrial S.A. - NOSSOS TRIBUNAIS, Boletim 13, ano 4, 1.995, nº 68.861. Nesse sentido: RSTJ 8/259, entre tantos outros.

O próprio Supremo Tribunal Federal também já decidiu que em caso de omissão não suprida, após oposição de declaratórios se torna imperioso o reconheci-

43 - “Embargos declaratórios não servem para questionar originariamente a ofensa ao texto constitucional não aventada anteriormente” (STF -1ª Turma, Ag 156.840-3-CE, relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 18.10.94, negaram provimento, v.u., DJU 23.6.95, 2ª col., em.), mesmo porque “A invocação de uma questão, originariamente, em embargos de declaração não se tem como prequestionamento” (RTJ 113/789).

44 - “Quando é o acórdão recorrido que teria ofendido implicitamente texto constitucional, o prequestionamento se faz mediante a interposição de embargos declaratórios, para que se supra a omissão quanto à questão constitucional por ele não enfrentada” (RTJ 123/383). V., a propósito, Theotonio Negrão, em RT 602/10, 1ª col., princípio.

45 - Súmula nº 282 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

46 - Súmula nº 356, do STF

47 - “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

mento da “*negativa de vigência da norma que prevê o recurso de embargos de declaração e determina ao Tribunal que os acolha e julgue*” (RE 91.581 -SP - in R.T.J 91/752), tanto que, “*Deixando o acórdão local de apreciar omissão de ponto relevante, ocorrida no acórdão embargado e que fora apontada de maneira expressa, clara e direta nos embargos de declaração, essa omissão, com a rejeição abusiva dos embargos de declaração, contrariou em verdade a Constituição Federal, resultando daí a negativa de prestação jurisdicional*” (STF-RTJ 98/1.209-1.212), que corrigida evita a supressão de Instância e a falta do indispensável prequestionamento ⁴⁸, mesmo porque “*Não há prequestionamento implícito, ainda quando se trate de questão constitucional*” (RTJ 125/1.368) e “*Diz-se prequestionada determinada matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito*” (RTJ 145/315), máxime, “*A ofensa à Constituição não dispensa o requisito do prequestionamento*” (RTJ 107/199, 107/631, 107/803, 107/827, 107/1.021, 107/1.279, 108/898, 108/907, 108/1.195, 108/1.285, 109/374, 109/589, 109/1.216, 111/735, 114/1.098, 114/1.105, 114/1.146, 115/796, 115/1.333, 116/609, 122/622, 123/1.160, 124/1.101, 124/1.267, 125/734, 135/837, 139/940, 150/636, 150/648; STF - RT 586/239).

Todavia, nossa mais alta Corte de Justiça não firmou posicionamento uniforme sobre o tema.

REQUISITO-CONDIÇÃO PRÉ-QUESTIONAMENTO

O requisito elementar e básico do Extraordinário é o prequestionamento (RTJ 109/299), cuja ausência leva a consequência do não-conhecimento, mesmo que emitido Juízo Positivo de Admissibilidade pelo Tribunal “a quo”, negando-se seguimento, até mesmo por despacho do ministro relator, sem julgamento pela Turma.

O Supremo tem mitigado esse rigorismo, para afastar o prequestionamento na ocorrência de *error in procedendo*, posto que:

“A jurisprudência do STF, em hipóteses de ‘error in procedendo’ no próprio julgamento recorrido, tem dispensado, sobre o ponto, o requisito do prequestionamento” (RTJ 135/297).

Podendo ser citados os seguintes exemplos: a) **juízo sem pauta**; b) **pauta sem o nome do advogado ou com nome errado**; c) **pauta sem o prazo mínimo de lei**; d) **obstáculos à sustentação oral**; e) **sessão secreta, sem a presença de advogado (CF/88, arts. 133 e 5º, LV)**; f) **antecipação do julgamento, aquém do dia marcado na pauta anterior (RTJ 87/490 e 116/611)**, g)

48 - Nos autos do Ag. nº 135.382-SP, DJU-I, de 22/10/90, p. 11.624 se apreciou decisão da Presidência do Tribunal recorrido que negou o Juízo de Admissibilidade, pela falta de prequestionamento, sendo que os embargos declaratórios haviam sido rejeitados sob argumento da não ocorrência de omissão.

bem como em **matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício e em qualquer grau de jurisdição** (RTJ 69/571)

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

Prequestionamento implícito se dá quando a *quaestio juris* vem sendo abordada desde a Primeira Instância, todavia, o acórdão recorrido não a tenha focado e não foram opostos embargos de declaração para suprir a omissão (Súmula 356).

O STF tem repellido o prequestionamento implícito mesmo quando a ofensa à Constituição Federal se traduz em manifesta inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. (RTJ 129/469).

PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO

Em verdade quem prequestiona é o acórdão recorrido, todavia é fundamental ao interessado ter deduzido a matéria, desde a Primeira Instância (na inicial, na contestação, na apelação, nas contra-razões, na minuta de agravo ou em contra-minuta), a fim de provocar juízo expresso sobre os temas constantes das peças processuais.

É vedado a colocação do tema em sustentação oral, memoriais, no pedido de incidente de uniformização de jurisprudência e assemelhados, pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição e gerar surpresa ao adverso, o que tem levado o STF a exigir, salvo nas hipóteses acima citadas, o prequestionamento explícito.

PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO

Prequestionamento numérico consiste na individualização dos artigos, parágrafos, alíneas ou incisos, objeto do recurso constitucional. Tal primor não se faz necessário, mesmo porque a mera referência *em passant*, sem debates, não é prequestionamento. Prequestionar é debater as questões de direito, o que não implica, necessariamente, na alusão numérica da norma.

Todavia, ante a gana impeditiva do recurso extremado, alhures aduzido, é prudente redobrada cautela na análise do acórdão recorrido, quando o mesmo deixar de fazer menção do dispositivo constitucional, cuja tema esteja em debate, a fim de evitar-se a surpresa da alegada falta de prequestionamento, mesmo porque, como comentado por Samuel Monteiro (ob. cit, pg 57/58), o prequestionamento numérico permite: a) **o imediato cotejamento entre as questões debatidas no aresto e a matéria enfocada pelas partes**; b) **a visão completa da questão em debate, máxime, quando fruto da integração de diversos dispositivos**.

PREPARO

Ao contrário do Recurso Especial, atualmente, o Extraordinário está sujeito a preparo, incluindo-se o porte de remessa e retorno, tanto que *“A exigibilidade do preparo é requisito indeclinável de admissibilidade do recurso extraordinário, do qual a parte não está exonerada mesmo em face da insignificância de seu valor.”* (JSTF 208/304, Rel. Min. Ilmar Galvão)

Tal entendimento emerge do artigo 59, I e parágrafo 1º, do RISTF (JSTF 213/252) c/c art. 57 do mesmo diploma.

Todavia, com esposado por Theotonio Negrão, em sua conhecida obra *“o primitivo art. 545 era expresso na exigência de tal preparo. A Lei 8.038, de 28.5.90, que revogou esse art. 545, silenciou sobre o assunto, mas a jurisprudência do STF continuou entendendo que o preparo era devido, em face do art. 19 do CPC (RTJ 147/1.010). A atual redação do art. 545, restaurado pela Lei 8.950, de 13.12.94, também silencia sobre o assunto, de onde não se pode concluir que o preparo é dispensado.”*

Há que se acrescentar, que as citadas normas regimentais do STF, que tinham seu substrato de validade no art. 119, parágrafo único da CF/69, perderam o caráter normatizador com a novel Carta Política, portanto, aplicável ao caso, as regras do Código de Processo Civil que não traz qualquer exigência. Todavia, enquanto perdurar o entendimento da indispensabilidade do preparo, aplicável, no caso, o disposto no art. 511 do CPC, e não mais o prazo de 10 (dez) dias previsto no Regimento Interno. (art. 107)

Anote-se, o Rec. Especial não está sujeito a preparo (Art. 112 do RISTJ), acrescentado-se a interpretação da falta de disposição legal, mas *“as despesas de remessa e de retorno dos autos devem ser recolhidas, na origem, pela parte que interpõe o recurso”* (STJ-Corte Especial: RSTJ 56/442 e RF 323/212, quatro votos vencidos).

Sobre o tema é esclarecedor o voto do Min. Sálvio de Figueiredo nesse acórdão: *“Despesas são o gênero, de que as custas são a espécie. Todas as custas (que são previstas em lei tributária chamada Regimento de Custas) são despesas, mas nem todas as despesas são custas. E essa é a sistemática adotada pelo CPC, como se vê da seção onde inseridos os arts. 19 e 35. O recurso especial pode estar isento de custas, o que, porém, não exclui o porte de remessa e retorno, meras despesas, pelas quais deve arcar o recorrente, não se me afigurando razoável atribuir tal ônus aos cofres públicos, federais ou estaduais, e muito menos determinar diligências para suprir a inércia do interessado, onerando e retardando a prestação jurisdicional”* (citação da p. 449 da RSTJ 56).

DESISTÊNCIA DO RECURSO PELOS ENTES PÚBLICOS

No cotidiano é observável pedidos de desistências de recursos interpostos pelas pessoas jurídicas de direito público, o que é inconcebível, porquanto direito a perseguir a validade ou invalidade de um ato constitui-se em um bem jurídico, que se insere no campo da indisponibilidade do interesse público, que só pode ser suprimido pela via legislativa e jamais pela vontade do Chefe do Executivo ou dos Procuradores Judiciais, que aliás não encontram nas regras do mandato legal (art. 12, II do CPC), qualquer disposição autorizadora.

PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO E CONTRA-RAZÕES DO EXTRAORDINÁRIO

A teor do disposto no artigo 508, do CPC, na redação emprestada pela Lei 8.950, de 13/12/1.994 é expresso que o prazo para interposição e contra-razões do recurso extraordinário é de quinze (15) dias e que o mesmo só pode ser protocolizado na Secretária do Tribunal “a quo” (“*Não se conhece de recurso extraordinário protocolizado na comarca de origem do feito, se este somente chegou à Secretaria do tribunal fora de prazo*” (STF - Bol. AASP 1.540/145, com comentário mostrando que essa orientação se tornou pacífica no STF). Neste sentido: RTJ 125/387, 131/859, 134/917, maioria, STF - RT 624/260, 631/264, STF - JTA 110/218, STF - JTA 118/258, STF - Lex-JTA 137/477, STF - Lex- JTA 137/482, STF - Bol. AASP 1.513/299, STJ - RT 708/197)

DOS ENTES PÚBLICOS

Os entes públicos são favorecidos pela contagem em dobro do prazo para interpor o recurso extraordinário, nos termos do artigo 508 c/c 188 do CPC, conforme vem sendo decidido (JSTF 208/ 275 - AG. REG. EM R.E. Nº 118.927-5 - RJ, 2ª T; DJ, 10.08.1995, Rel. Min. Marco Aurélio). Nesse sentido: (JSTF 211/158, 1ª T; Rel. Min. Celso de Mello) e (JSTF 216/75; Tribunal Pleno (DJ, 14.06.1996); Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa **A matéria está sumulado no STJ (Súmula nº 116)**

DOS LITISCONSORTES C/PROCURADORES DIVERSOS

É aplicável ao ato interpositivo do recurso extraordinário a regra do artigo 191, do CPC, levando assim, a duplicação do prazo de quinze (15) dias.

FÉRIAS FORENSES:

O prazo para interposição e contra-razões do recurso extraordinário não corre em férias forenses (RTJ 101/239, 109/293, 117/150, 121/182, 140/249; STF - RT

559/239, 682/252, 683/229; STF - RAMPR 44/142), suspendendo-se com a superveniência delas (STF - RT 683/229).

LOCAL DO PROTOCOLO

O artigo 506, parágrafo único do CPC, com a redação imposta pela Lei nº 8.950, de 13/12.1994, veio a pacificar a divergência jurisprudencial sob a utilização do denominado “protocolo integrado” que veio a facilitar o desempenho da advocacia, por permitir o protocolamento das petições e recursos em local diverso de onde tramita o feito, todavia, “Não se conhece de recurso extraordinário protocolizado na comarca de origem do feito, se este somente chegou à Secretaria do tribunal fora de prazo” (STF - Bol. AASP 1.540/145). Nesse sentido: Neste sentido: RTJ 125/387, 131/859, 134/917, maioria, STF - RT 624/260, 631/264, STF - JTA 110/218, STF - JTA 118/258, STF - Lex- JTA 137/477, STF - Lex- JTA 137/482, STF - Bol. AASP 1.513/299, STJ - RT 708/197.

Essa interpretação, que já existia anteriormente a atual redação do art. 541 do CPC, permanece íntegra e com maior força atualmente, nada obstante as dificuldades que empresta ao efetivo trabalho profissional, principalmente aos advogados que mantêm bancas no interior dos Estados, dificultando o acesso a Justiça e aos recursos colocados à disposição das partes, sem qualquer vantagem substancialmente a tão decantada celeridade processual.

Por oportuno, cumpre salientar que “*Recurso contra acórdão do STF somente pode ser protocolizado na Secretaria do STF, em Brasília*” (STF -Pleno, ERE 99.678-8- AgRg -RJ, rel. Min. Néri da Silveira, j. 19.12.85, negaram provimento, v.u., DJU 4.9.87, p. 18.287, 2ª col., em.), e em conseqüência: “*Não se conhece de agravo regimental somente protocolizado, na Secretaria do STF, após decorrido o prazo legal para sua interposição válida. Irrelevância de ter sido o recurso protocolizado, anteriormente, em outro Tribunal. Precedentes*” (STF -2ª Turma, Ag 120.587-3- AgRg -RS, rel. Min. Célio Borja, j. 2.10.87, não conheceram, v.u., DJU 30.10.87, p. 23.819, 2ª col., em.). Neste sentido: RTJ 131/1.406.

FUNDAMENTAÇÃO DO JUÍZO POSITIVO OU NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE

Interposto o recurso extraordinário, com ou sem contra-razões, os autos deverá passar pelo crivo da Presidência do Tribunal impugnado para que profira Juízo positivo ou negativo de admissibilidade, nos termos do art. 542, § 1º do CPC, devendo a decisão ser fundamentada, pena de nulidade (RTJ 131/941), sendo certo que “*O relator apreciará livremente as condições de admissibilidade do recurso extraordinário, não estando vinculado às razões adotadas pelo presidente ou pelo vice-presidente do tribunal “a quo” para admiti-los ou denegá-los* (RTJ 149/918, 150/327-recurso fora de prazo).

Esse juízo de admissibilidade “não fica restrita aos pressupostos gerais de

recorribilidade. Há de examinar se o extraordinário enquadra-se em um dos permisivos constitucionais. Nisto não usurpa a competência de órgão do STF” *porque, se negar seguimento ao recurso, tem a parte o acesso ao STF mediante agravo* (RTJ 150/301).

Proferido juízo positivo de admissibilidade o ato é irrecurável, mas seu cabimento será reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal, que pode deixar de conhecê-lo.

Advindo juízo negativo de admissibilidade, o mesmo deverá ser fundamentado, para permitir que a parte sucumbente, querendo, guerreie adequadamente, pela via do Recurso de Agravo de Instrumento contra Despacho Denegatório do Recurso Extraordinário (art. 544 do CPC), a decisão.

As razões do agravo deverão se concentrar em infirmar os fundamentos da decisão denegatória e não da matéria debatida no Extraordinário, conforme se observa do retratado na Súmula 182 do STJ⁴⁹ “*É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada*”, observando a indispensabilidade da juntada de cópias de todas as peças imprescindíveis à compreensão da matéria, inclusive da procuração dos advogados das partes (art. 541, § 1º do CPC), sendo que todas as cópias deverão ser autenticadas⁵⁰

EFEITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Por muitos anos o efeito do recurso extraordinário transformou-se em *vexata quaestio*, porquanto doutrinadores, como Pontes de Miranda sustentavam que, dado sua natureza, a execução iniciada antes do julgamento era definitiva, no que foi contrariado por outros, entre os quais Sérgio Bermudes que defendia a provisoriamente da execução.

O C. Supremo Tribunal Federal acabou por assentar que a execução era provisória.

Hoje, nada obstante algumas críticas, o efeito é devolutivo (art. 542, § 2º do CPC usque 598, in fine, CPC).

Tem se entendido que “*O Presidente do Tribunal “a quo” não pode conceder efeito suspensivo a recurso extraordinário*” (RTJ 144/718, maioria, STF -RJ 188/52, maioria), mas o Regimento Interno do STF (art. 21-IV) permite a concessão excepcional de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, como medida cautelar, desde que verificados o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”, e se o recurso já tenha sido admitido pelo Presidente do Tribunal recorrido.

Nesse ponto, todavia, o S. Superior Tribunal de Justiça, relativamente ao Recurso Especial, vem entendendo do cabimento de deferimento de medida cautelar

49 - RT 738/227

50 - “As fotocópias anexadas à minuta do agravo de instrumento não de estar autenticadas - arts. 544 § 1º, combinado com o art. 384, ambos do CPC” (STF -2ª Turma, AI 172.559-2-SC- AgRg, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.9.95, negaram provimento, v.u., DJU 3.11.95, p. 37.258, 1ª col., em.).

para fins de impor efeito suspensivo ao recurso especial em processamento, mesmo que pendente de apreciação de juízo de admissibilidade, na medida em que “A só circunstância de ainda não ter sido lançado juízo sobre a admissibilidade ou não do recurso especial no Tribunal a quo, não é óbice para o conhecimento de medida cautelar promovida com a finalidade de comunicar efeito suspensivo ao apelo nobre.” (RSTJ 77/77-84, Medida Cautelar nº 136-3, Rel. Min. César Asfor Rocha).

Assim, “pode-se conferir, em caráter absolutamente excepcional, efeito suspensivo a recurso especial para garantir a utilidade e a eficácia de uma decisão que nele possa ser favorável ao recorrente, desde que presentes os indispensáveis pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.” (RSTJ 77/77-84, Medida Cautelar nº 136-3, Rel. Min. César Asfor Rocha)

CONCLUSÃO

O Recurso Extraordinário é um recurso constitucional posto à disposição das partes litigantes para fins de ver reformada uma decisão, em única ou última instância, que lhe é contrária, por violação de preceito constitucional direto ou por entender que a lei regente do fato é inconstitucional, ou ainda, ao ato/fato em exame foi aplicada lei estadual ou municipal contestada, por inconstitucional, por violação da norma fundamental, e finalmente, pela validade ou invalidade de ato de governo local contestado em face da Lei Maior.

A maior crítica que pode ser imputada ao processamento do recurso extremado é pela inexistência de qualquer critério lógico-jurídico para auferir-se o prequestionamento da questão jurídica em debate, levando a uma *vexata quaestio* fixar-se o que é ou não, matéria prequestionada.

Destaca-se, mais, que o julgamento proferido no Recurso Extraordinário não é meramente declaratório, ou seja, censurador do acórdão recorrido, mas fixando a tese jurídica correta, aplica-a o direito à espécie.⁵¹ Assim é que “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.” (Súmula 456)

51 - J.C. Barbosa Moreira, in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V, Forense, 1.974, pg 447

A cidadania e a efetividade do processo

Samuel Antonio Merbach de Oliveira*

O descompasso do processo atual com os reclamos da sociedade moderna trouxe à tona a discussão sobre sua instrumentalidade e efetividade.

O processo é instrumento de direito material atuando como meio para prestação da jurisdição. E deve servir à ordem constitucional e legal permitindo um acesso rápido e eficaz ao judiciário, uma participação real das partes e do juiz, tendo-se, por conseguinte decisões úteis, céleres e justas.

Atualmente, os processualistas vêem a jurisdição não apenas como poder, mas também como função e atividade. Com efeito, laboram intensamente visando uma maior efetividade do processo, a qual, segundo Cândido Rangel Dinamarco (in *A Instrumentalidade do Processo*. Malheiros Ed. 7ª ed. 1999, pág. 270): “constitui expressão resumida de idéias de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função social-política-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais”.

A sociedade, como é sabido de todos, sofre uma profunda e permanente transformação de toda sua estrutura, em face de um mundo globalizado marcado pela expressiva velocidade da informação e do progresso tecnológico, e, nesse contexto, cresce a cobrança junto às instituições. Assim, o Poder Judiciário começa a ser questionado quanto à morosidade de suas decisões.

No tocante à Justiça Trabalhista, consideramos uma grande injustiça, o trabalhador, ter de suportar por muitos anos uma discussão judicial, posto que tem necessidade de ver satisfeitos direitos mínimos que servem unicamente para seu sustento e de seus familiares, ao passo que o empregador não enfrenta as mesmas dificuldades e incertezas, pois protegido pela sua condição econômica, apenas protela o desfecho final da demanda da qual, em muitos casos, já se sabe o resultado.

De fato, a essência da atividade jurisdicional não consiste somente na celeridade, porém a exagerada demora das demandas conspira contra a própria efetividade da tutela jurisdicional, resultando numa série de desvantagens para os jurisdicionados, à comunidade em geral, e ainda, ao próprio descrédito para com a instituição.

Portanto, a jurista morosa é um componente extremamente nocivo a sociedade, conforme descreve, Nicolò Trocker, citado por Luiz Guilherme Marinoni (in

* Professor de Direito da Faculdade de Administração de Empresas “Padre Anchieta” - Mestrando em Direito pela PUC - CAMPINAS – Aluno do Curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito “ Padre Anchieta “.

Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág. 17): “Isto para não falar nos danos econômicos, frequentemente graves, que podem ser impostos à parte autora pela demora do processo e pela consequente imobilização de bens e capitais. (Processo Civile e Costituzione, Milano, Guiffre, 1974, págs. 276/277)”.

A efetividade do processo, seguindo este entendimento, se propõe a eliminar as insatisfações com justiça, fazendo cumprir o direito, além de valer como instrumento para o exercício da cidadania, sendo um canal de participação nos destinos da sociedade. Com efeito, é urgente os profissionais do direito objetivarem a inovação dos institutos processuais adequando-os, a práxis social e jurídica do nosso país, bem como o aperfeiçoamento do sistema.

A atualidade dos exame da conveniência de adoção de novas técnicas na prestação da tutela jurisdicional é reforçada, agora, pela presença, no vigente ordenamento jurídico nacional de normas constitucionais outorgando competência aos estados-membros legislarem concorrentemente sobre a instituição, criação e processo de Juizados de Pequenas Causas e procedimento em matéria de processo (art. 24, X e parágrafo 2º, C. F.) e impondo a esses mesmos Estados a criação de Juizados Especiais para o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade (art. 98, I, C. F.). O texto constitucional propiciou ao legislador estadual não apenas a opção por normas procedimentais diferenciadas, hábeis a adaptá-las às peculiaridades da tutela jurisdicional, como ainda lhe impôs a criação de órgãos judicantes especializados aos quais poderão ser atribuídas diferentes formas de instrumentalização de tal prestação.

Também a esse respeito, a Lei das Pequenas Causas e, atualmente, a dos Juizados Especiais, são portadores de propostas muito realistas, não somente porque gratuito o processo, como também ainda porque dispensa o patrocínio técnico (e a despesa advocatícia constitui muitas vezes peso desproporcional à causa) e abrevia o procedimento, poupando partes e testemunhas de sucessivos comparecimentos.

Com efeito, além do aprimoramento da técnica processual, adequando-a, à realidade substancial, outras providências são igualmente imprescindíveis.

É de alertar-se, todavia, que mais relevante ainda para o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional do que as leis processuais é a adoção de uma boa organização judiciária, na qual o homem, auxiliado pela técnica, ocupe o centro de todas as preocupações. Daí a necessidade de mudar-se o quadro atual, sobretudo quando se sabe das profundas deficiências da organização judiciária brasileira, que ainda se veste com o figurino do antigo direito luso-brasileiro.

À priori, entendemos ser necessário se destinar ao Poder Judiciário recursos financeiros, para que possa suprir suas necessidades; caso contrário, dificilmente se alcançará os objetivos almejados. É necessário examinar dados estatísticos de países onde a justiça se mostre eficiente, a fim de se verificar as causas da morosidade do processo brasileiro. Sálvio de Figueiredo Teixeira (in Reforma do

Processo Civil, Editora Saraiva, 1996, no artigo: A Reforma Processual na Perspectiva de Uma Nova Justiça, pág. 904), ressalta: “o número irrisório de juizes em um País de dimensões continentais como o nosso, de acentuada população, na proporção média de 1 (um) juiz para cada 25.000 (vinte e cinco mil) jurisdicionados. Na Europa, a média de (um) juiz para 7.000 (sete mil) habitantes, sendo ainda de assinalar que, em face dos constantes planos econômicos governamentais, em nossa Justiça, não é raro o fato de Varas Federais contarem com mais de 20.000 (vinte mil) processos em curso, sendo alarmantes os números concernentes ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, sem similar no plano internacional”.

Assim sendo, é importante à efetividade do processo a mudança da mentalidade dos profissionais do direito. É fundamental se implantar um novo método de pensar, visando sempre o bem-comum, rompendo com as arcaicas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade que passa fora do processo.

Outro fator importante à acrescentar, é o anacronismo em recrutar juizes sem priorizar a vocação, recordada a advertência do Código Geral da Suécia de 1734, segundo o qual “mais vale um juiz bom e prudente do que uma boa lei; com um juiz mau e injusto, uma lei boa de nada serve, porque ele a verga e a torna injusta a seu modo”.

Os profissionais do direito são cidadãos qualificados de quem a sociedade espera uma maior participação política; visto que de sua experiência profissional poderão surgir propostas inovadoras para o aperfeiçoamento da técnica e do sistema. Sem a sua participação não conseguiremos as mudanças esperadas pela sociedade.

Também, a busca da universalização do acesso à justiça, é essencial à efetividade do processo e à democratização das instituições. Assim, o acesso à Justiça, deve estar efetivamente ao alcance de todos, pobres e ricos, fracos e poderosos. O art. 5º, LXXIV, C.F., reza que será concedida assistência judiciária aos necessitados. Entretanto, tal preceito não passa de solene promessa constitucional, pois, na prática, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos. Para minimizar essas disparidades, é urgente, a ampliação dos serviços de assistência judiciária gratuita dos entes estatais (exs: prefeituras, órgãos estaduais etc.), bem como das entidades privadas (exs: associações, organizações não governamentais etc.); aos menos favorecidos que em muitos casos desistem da defesa de seus interesses por problemas econômicos.

O cidadão que ingressa na justiça, incontestavelmente está se valendo do seu direito público e indisponível de ação, assegurado constitucionalmente, de fato um direito de cidadania. Todavia, entendemos que sua cidadania somente se concretizará por completo, quando a prestação jurisdicional solicitada for realizada dentro de um prazo razoável que se possa admitir, e com muita propriedade, acrescenta Luiz Guilherme Marinoni (in Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e

Execução Imediata da Sentença, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág. 17)que: “ se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida feliz (ou menos feliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça “.

Assim, para a verdadeira realização da cidadania, a criação de novos institutos processuais que visem: a celeridade do processo, a igualdade das partes e uma decisão útil, rápida e justa é de fundamental importância. Entretanto é necessário que as reformas processuais continuem, acompanhadas, também de alterações profundas na organização do Poder Judiciário, com preocupação voltada para a formação, aperfeiçoamento e “mudança de mentalidade” dos profissionais do direito; caso contrário, teremos novas decepções, pois os instrumentos processuais não encontrarão condições favoráveis à sua aplicação.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (1998) *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência - Tentativa de Sistematização*. Editora Malheiros, São Paulo.

_____, *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2º Ed. , Malheiros Editores, São Paulo.

CARBONNIER, Jean. (1977) *Sociologia Jurídica*. Madrid (Espanha): Editorial Tecnos.

DINAMARCO, Cândido Rangel. (1999) *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª Ed., Editora Malheiros, São Paulo.

_____. (1998) *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4ª Ed., 2º tiragem, revista, ampliada e atualizada – Editora Malheiros, São Paulo.

GRECO FILHO, Vicente. (1998) *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 01 – Editora Saraiva, São Paulo.

JÚNIOR, Nelson Nery & Nery, Rosa Maria Andrade. (1999) *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4ª ed. revista e ampliada – Editora Revistas dos Tribunais, São Paulo.

LOPES, João Batista. (1996) *Antecipação da Tutela e o art. 273 do CPC*. *Revista dos Tribunais* 729/63, São Paulo.

_____. (1996) *Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil. Aspectos da Ação Monitória*. *Revista de Processo* N.º 83 Julho/Setembro.

MARINONI, Luiz Guilherme. (1998) *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença* 2ª edição revista e atualizada – Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

_____. (1998) *Tutela Inibitória – Individual e Coletiva*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto. (1974) *Sociologia do Direito – O Fenômeno Jurídico como Fato Social*. – 3º Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (1996) *Reforma do Código de Processo Civil* - Ed. Saraiva, São Paulo.

ZAVASCKI, Teori Albino. (1997) *Antecipação da Tutela*. Editora Saraiva, São Paulo.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ORIGINAIS

1. A Revista da Faculdade de Direito tem por finalidade a publicação de trabalhos e estudos referentes à Jurídica, conforme apreciação de seu Conselho Editorial. Os conceitos, informações e pontos de vista contidos nos trabalhos são de exclusiva responsabilidade de seus autores.
2. Os trabalhos poderão ser elaborados na forma de artigos (inéditos), relatos de pesquisa ou experiência, pontos de vista, resenhas bibliográficas ou entrevistas. Quando se tratar de relato de pesquisa, deverá obedecer à seguinte organização: introdução, metodologia (sujeitos, material e procedimento), resultados, discussão, referências bibliográficas e anexos.
3. Os trabalhos deverão ser redigidos em programa Word for Windows 7.0, espaço duplo, fonte *Times New Roman*, tamanho 12, folha A4, com 2,5cm de margem (esquerda, direita, superior e inferior). Os trabalhos deverão ter, no máximo, 20 páginas.
4. Um disquete 3,5" e duas cópias impressas (com conteúdo e formato idênticos) devem ser enviados à Secretaria das Faculdades Padre Anchieta, à Rua Bom Jesus de Pirapora, 140, CEP 13207-660, Jundiá, SP.
5. A capa deverá conter, na seguinte seqüência, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, em parágrafo centralizado, o tipo de publicação (artigo, relato de pesquisa, resenha etc.). Abaixo, em parágrafo justificado, deverá vir o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), seguido do nome completo (separados por vírgulas), sua mais alta titulação acadêmica e atuação profissional, endereço completo, telefone e, se tiver, o endereço eletrônico. Para trabalhos com mais de um autor, os sobrenomes devem ser colocados em ordem alfabética ou apresentados, primeiro, aqueles que mais contribuíram para a execução do trabalho e, em seguida, os colaboradores.
6. A primeira página deverá conter, como cabeçalho, o título do trabalho, em parágrafo centralizado (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS). Abaixo do título, deverá vir o nome completo do autor. A titulação acadêmica e a atuação profissional do autor deverá vir em forma de nota de rodapé, inserida após o sobrenome. No caso de múltiplos autores, a ordem deve ser idêntica à da capa. Abaixo do cabeçalho, apresentar o resumo do trabalho (máximo 20 linhas), 5 palavras-chave, *abstract* e *key words*.
7. Quadros, tabelas, fotos e figuras deverão ser devidamente identificadas com numeração, títulos e legendas.
8. As citações, no texto, deverão ser seguidas da respectiva referência, entre parênteses, contendo o sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS) e o ano da publicação. Exemplo: (BOSSA, 1994).

9. As citações literais, no texto, deverão ser apresentadas entre aspas e seguidas da respectiva referência, incluindo-se a(s) página(s). Exemplo: (BOSSA, 1994:32).

10. As citações literais com mais de três linhas deverão ser redigidas em parágrafo destacado, com 1cm de recuo esquerdo e direito, letra tipo *Tímes New Roman*, fonte 10.

11. As referências bibliográficas, no final do texto, serão limitadas aos trabalhos realmente lidos e citados no corpo do trabalho, obedecendo, preferencialmente, ao seguinte padrão: sobrenome do autor (TODAS AS LETRAS MAIÚSCULAS), nome do autor, ano da publicação (entre parênteses), título completo da obra (*em itálico*), local de publicação e editora. Exemplo:

PUTTINI, Escolástica F. & LIMA, Luzia Mara S. (orgs.) (1997) *Ações educativas: vivências com psicodrama na prática pedagógica*. São Paulo : Ágora.