

# Revista Jurídica

volume 6 - março de 1988

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

# PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS

## GRÃO-CHANCELER:

D. Gilberto Pereira Lopes

## MAGNÍFICO REITOR:

Prof. Eduardo José Pereira Coelho

## VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS:

Prof. Paulo de Tarso Barbosa Duarte

## VICE-REITOR PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS:

Prof. Antonio José de Pinho

## DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO:

Prof. Álvaro César Iglésias

## REVISTA JURÍDICA

### CONSELHO EDITORIAL

Diretor: Feliciano Roberto da Silva  
Fernando de Almeida Prado  
Marino Emílio Falcão Lopes  
Roberto Telles Sampaio  
Nahim Pedro Kachan  
Francisco Isolino de Siqueira  
Roberto Mário Rodrigues Martins

---

### REVISTA JURÍDICA

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Rua Marechal Deodoro, 1099 – Tel. 2-7001 – Caixa Postal 317  
CEP 13020 – Campinas, SP

---

# Revista Jurídica

volume 6 - março de 1988

FACULDADE DE DIREITO - PUCCAMP

## SUMÁRIO

### Artigos

<b>Estabilidade na Empresa e a Evolução Econômica</b>	
Álvaro César Iglesias . . . . .	5 – 8
<b>Sentença e Coisa Julgada</b>	
Maria Ângela Oliveria de Castilho Martins . . . . .	9 – 40
<b>Uma Pesquisa Sobre Alguns Casos de Homicídio</b>	
Silvio Artur Dias da Silva . . . . .	41 – 43
<b>A Escolha do Juiz Competente</b>	
Alzira Teixeira Pinto Mendes . . . . .	44 – 66
<b>A Culpabilidade e o Novo Sistema Penal</b>	
José Henrique Pierangelli . . . . .	67 – 75
<b>Temas de Processo Civil</b>	
Francisco Fernandes de Araújo . . . . .	76 – 90
<b>O Ensino e Formação do Advogado na Sociedade Contemporânea</b>	
Maurício Batista Berni . . . . .	91 – 98
<b>Temas Atuais de Direito Civil</b>	
Geraldo Philofeno . . . . .	99 – 103
<b>Conceitos e Categorias Jurídicas o Conceito de Tributo</b>	
Alpheu Júlio . . . . .	104 – 108
<b>O Ônus da Prova no Processo Penal</b>	
Marco Aurélio Germano de Lemos . . . . .	109 – 119

### Noticiário

Formandos de 1987 . . . . .	120 – 121
Professores da Faculdade de Direito da PUCCAMP . . . . .	122 – 123

---

Revista Jurídica	Campinas	V. 6	MARÇO DE 1988	p. 1 – 124
------------------	----------	------	---------------	------------

---

## ESTABILIDADE NA EMPRESA E A EVOLUÇÃO ECONÔMICA

Álvaro César Iglesias

1. Permitam-me, inicialmente, passar em revista alguns conceitos básicos contidos no tema desta tarde, na mesma ordem em que nele aparecem: o de **estabilidade na empresa**, o de **empresa** e o de **evolução econômica**.

2. A **estabilidade na empresa** (e não da empresa) refere-se, claramente, à estabilidade no emprego, às formas de conservação do vínculo obrigacional entre o empregado, que representa o trabalho, e o empregador, que apresenta o capital. O progresso nas relações trabalhistas tem privilegiado o entendimento de que tal conservação se deva fazer no *interesse da parte parte mais frágil, a do empregado*. Daí toda a preocupação legislativa, voltada para a instituição de mecanismos que inibam a suposta voracidade do capital e, por exclusiva conveniência deste, a unilateral ruptura do contrato de trabalho. Baseados na evidência de dados históricos, colhidos no alvorecer selvagem do capitalismo, na vertigem gananciosa da revolução industrial, alguns teóricos anunciam catástrofes para as situações em que o Estado não discipline, com atuante rigor, as relações laborais.

3. E o que é a **empresa**? Obviamente, fala-se, aqui, da entidade, liderada por um ou mais detentores de capital, constituída para explorar um negócio industrial, comercial ou de prestação de serviços. Nesse conceito, é importante considerar o significado de negócio, que implica a possibilidade de lucros e o risco de prejuízos.

4. A noção de **evolução econômica**, ou **desenvolvimento econômico**, por sua vez, é a mais polêmica; aquilo que alguns chamam evolução, para outros não passa de aumento da exploração do homem pelo homem. Para tentar obviar as dificuldades dessa discussão — a do conteúdo humanístico das doutrinas econômicas —, vou substituir o termo evolução econômica por **progresso econômico**, que se caracteriza pelos seguintes elementos: a) aumento geral dos níveis de produção de bens e serviços; b) melhoria qualitativa na distribuição, em termos de consumo. Os indicadores do primeiro fenômeno (a) são o PNB e a renda **per capita**;

porém, a elevação desses índices por si só não significa progresso econômico (talvez, apenas, crescimento econômico), porque pode estar mascarando uma injusta distribuição de riquezas.

5. Esses são os três conceitos sugeridos pelo tema de hoje. As definições que dei não são tecnicamente primorosas; os mais exigentes podem, mesmo, dizer que são inadequadas. De qualquer forma, não creio que a imprecisão conceitual venha a comprometer a tese que vim submeter à reflexão de vocês.

6. A tese é: a estabilidade na empresa (a estabilidade no emprego) depende da estabilidade da empresa e esta, por sua vez, depende de um efetivo progresso econômico.

7. No fundo, a questão de que aqui se trata é uma velha conhecida nossa: a lei pode aperfeiçoar a realidade, mas não a cria. O mundo não nasce da cabeça do legislador como se fora Palas Atenéia, emergindo inteira, de elmo, lança e escudo, do crânio aberto de Zeus. É necessário evitar a falácia, de refinado sabor demagógico, de que basta inscrever na lei garantias de condições dignas de trabalho, para que elas se instaurem efetivamente.

8. Fora do reino da magia, a estabilidade no emprego depende menos da boa intenção com que o legislador pretenda proteger o empregado, do que da condição da própria empresa, de manter aquele emprego e gerar outros, multiplicando-o. Quanto mais vagas para um mesmo tipo de emprego, mais firme estará a situação do já empregado — e melhor a remuneração pela mesma quantidade de trabalho. Atendido esse pressuposto, das condições reais, efetivas, da empresa, assegura-se a eficácia da disciplina legislativa das relações de trabalho. Inatendidas tais condições, o que se tem é a lei ridicularizada por seu crônico e inevitável descumprimento, é a norma usada casuisticamente, como instrumento de demagogia e pressão; são os tribunais obrigados a legislar supletivamente, para amenizar a situação de anomia real, não obstante a normatividade nominal.

9. Portanto, o legislador tem uma outra tarefa, que, sob o ponto de vista lógico (não necessariamente cronológico), é prévia em relação à da disciplina laboral: a de garantir um sistema legislativo que permita o bom desempenho econômico das empresas. Na verdade, é preciso adotar uma mentalidade legislativa mais favorável ao desenvolvimento da boa empresa — que é a empresa eficiente, estimulante do capital (lucrativa, portanto) e geradora de bons empregos.

10. Ora, a eficiência não se obtém por decreto. Eficiência é o outro nome da boa gestão negocial, que implica boa administração, boa

organização e adequado instrumental tecnológico. E este adjetivo **bom** tem sido pressionado em direção a seu superlativo, especialmente por causa da internacionalização dos negócios. Tende a ser varrida do mercado a empresa que não ostente padrões internacionais de excelência organizacional, administrativa e tecnológica.

11. A empresa eficiente mantém seu empregado, porque investe nele, aperfeiçoa suas habilidades, qualifica-o para funções em que ele é cada vez menos prescindível. Oferece ao empregado e sua família, diretamente ou por meio do salário, boas condições de saúde, alimentação, habitação, educação, vestuário e lazer, pois entende que a tranqüilidade e a segurança de seu funcionário traduzem-se em superior qualidade do serviço e em garantia de fidelidade.

12. De sua parte, o empregado sente orgulho da empresa, cujo êxito identifica com o seu próprio sucesso pessoal e profissional. A "simbiose" é tão forte que não são raros os exemplos em que o funcionário se associa ao capital da empresa, aplicando o resultado de sua poupança em ações. E nem sempre essa participação é meramente passiva; freqüentemente, a voz de associações de empregados é ouvida na tomada das mais importantes decisões da empresa.

13. Esse tipo de empregado, profissionalmente valorizado e sinceramente engajado no sucesso do empreendimento de que participa, tem a consciência suficientemente madura para constituir sindicatos não-unitários, livres e autônomos, imunes ao peleguismo, para serem interlocutores respeitáveis nas negociações salariais e fiscais eficientes das condições de trabalho, *lato sensu*.

14. É claro que a boa empresa, nos moldes citados, só pode vicejar onde não haja, para o capital, riscos extraordinários, ou seja, riscos outros que não os inerentes à exploração regular do negócio. Não dá para imaginar essa empresa numa situação em que o Estado intervém excessivamente na economia e, com penas a torto e a direito, subverte as leis de mercado; ou, o que é ainda pior, nele atua como se fora entidade privada, concorrendo deslealmente na exploração de atividades estranhas a seus fins. Também não se imagina bem sucedida essa empresa numa situação em que o Estado deixa de intervir para coibir abusos, implantar efetiva justiça fiscal e evitar cartéis e monopólios nocivos.

15. Essa é, portanto, a tarefa prévia do legislador, a que me referi: a definição das regras de um mercado sadio, que estimule o desenvolvimento da boa empresa. E é tarefa menos complicada do que se poderia imaginar à primeira vista. No caso brasileiro, por exemplo, ela consistiria mais em desfazer do que em fazer. É preciso deslegislar,

desdecretar, desregulamentar. Há uma evidente pleora legislativa, que implica dois riscos sérios para o bom desempenho das empresas: o retardamento desnecessário das decisões e a criação de ambiente propício ao "fiscalismo", com sua seqüela de corrupção e imoralidades.

16. Embora prévia quanto à legislação propriamente laboral, essa tarefa supõe uma basilar opção política do legislador: como equacionar os valores da **igualdade** (de oportunidades) e da **liberdade** (individual), para a obtenção de adequado equilíbrio entre o bem privado e o bem comum?

17. Historicamente, elaboram-se três diferentes soluções para enfrentar esse desafio: a do individualismo, a do coletivismo e a do personalismo. O **individualismo** favorece o bem privado, em detrimento do bem comum, e, apostando em uma improvável auto-limitação dos egoísmos, advoga o irrestrito liberalismo econômico, sem intervenção do Estado. Com isso, sacrifica o ideal de igualdade de oportunidades para os indivíduos. O **coletivismo**, dando prioridade àquele ideal da igualdade, limita drasticamente a iniciativa privada, em favor da estatal. A exagerada intervenção do Estado na economia gera "empresas" sem risco, marcadas pela crônica ineficiência, e desestimula as lideranças mais criativas.

18. A terceira solução é, a meu ver, a melhor. O **personalismo** defende uma limitada intervenção do Estado na economia. Tecnicamente, é uma forma de **economia mista**. Os investimentos públicos se fazem nas áreas de infra-estrutura, a chamada economia de base. No que se conhece por mercado, campo próprio da atuação da empresa privada, a regulação é feita pela oferta e pela procura; o poder estatal apenas intervém para garantir, onde não existam, e restaurar, onde tenham deixado de existir, os procedimentos que respeitem as exigências de dignidade da pessoa humana. E como essa dignidade funda-se essencialmente na liberdade, a liberdade é a regra; a intromissão autoritária, a exceção.

19. Para encerrar, volto à tese. **Consagrar em lei a estabilidade de emprego não é suficiente para garanti-la**; pode até mesmo comprometê-la, pelas inevitáveis dificuldades e distorções de sua aplicação. Mas a mentalidade política arejada, de quem ama a liberdade e acredita na capacidade do homem, é decisiva para a estabilidade da boa empresa e, por meio dela, para a manutenção de um estável sistema de bons empregos.

## UMA PESQUISA SOBRE ALGUNS CASOS DE HOMICÍDIO

Silvio Artur Dias da Silva

### 1. EXPLICAÇÃO

O presente trabalho é resultado de algumas observações práticas feitas a partir de 80 (oitenta) casos de homicídios, referentes ao mesmo número de processos que tramitam (em algumas hipóteses, tramitaram) perante a Vara do Júri da Comarca de Campinas e foram aleatoriamente apanhados. A pesquisa levou em conta, em primeiro lugar, o dia da semana em que ocorreu o fato; em segundo lugar, a idade do sujeito ativo; depois, o sexo do sujeito ativo; finalmente, a classificação dada ao fato na denúncia, se simples ou qualificado.

### 2. DIA DA SEMANA

Dos oitenta processos, oito (10%) foram cometidos numa segunda-feira; onze (13,75%) deles foram praticados em terças-feiras; oito (10%) ocorreram em quartas-feiras; treze (16,25%) aconteceram em quintas-feiras; seis (7,5%) foram praticados em sextas-feiras; quatorze (17,5%) foram cometidos em sábados e a maioria deles, vinte (25%) foram executados em domingos. Tais dados levam a uma primeira reflexão: segunda-feira, tradicionalmente apontado como o dia internacional do mau-humor, por ser o início da semana, na verdade ostenta uma das menores porcentagens, o que autoriza a concluir que os desentendimentos que levam a uma cena de sangue não acompanham o apregoado mau-humor das pessoas nesse dia. Outra reflexão se impõe: a chamada "semana inglesa", com trabalho em muitos locais somente de segunda a sexta-feira, faz com que as pessoas, ao contrário do que se propaga, preferam a calma no último dia da semana: a presente pesquisa demonstra que a sexta-feira apresentou a menor porcentagem de crimes de sangue (apenas seis delitos ou 7,5%). De outra parte, ficou comprovado o dito que "a ociosidade é a mãe de todos os vícios": aos domingos foi praticado o maior número de crimes, vinte (ou 25%).

### 3. IDADE DO SUJEITO ATIVO

Neste item o número de pessoas acusadas da prática dos crimes não corresponde ao número de processos, já que em alguns deles mais de uma pessoa era acusada (hipóteses de co-autoria ou participação). O total de sujeitos ativos, portanto, é de 83. Fica esclarecido que a maioridade penal é atingida aos 18 anos e até não estarem completos os 21 anos há uma circunstância atenuante na aplicação da pena.

Dos 18 aos 21 anos foram 25 pessoas, ou seja, 30,12%; dos 22 aos 30 anos foram 39 pessoas, ou seja, 46,98%; de 31 a 40 anos foram 14 pessoas, ou seja, 16,86% e de 41 a 50 anos foram 5 pessoas ou 6,02%. Não se registrou nenhum sujeito ativo com idade superior a cinquenta anos.

### 4. SEXO DO SUJEITO ATIVO

Valendo ainda a advertência feita no item anterior, de que o número de pessoas apontadas como sujeitos ativos é superior ao número de processos pesquisados, o que é dizer, são oitenta processos e oitenta e três pessoas, tem-se que somente seis (7,22%) eram do sexo feminino, sendo portanto a esmagadora maioria composta de varões.

### 5. CLASSIFICAÇÃO NA DENÚNCIA

É sabido que são de competência do tribunal do júri somente os crimes dolosos, tentados ou consumados, contra a vida, dentre os quais obviamente se inclui o homicídio. E o homicídio doloso costuma ser dividido pela doutrina em simples, privilegiado e qualificado, mas para efeito de classificação na denúncia somente podem ser levados em conta o simples e o qualificado, já que o privilegiado, por se constituir em uma causa especial de diminuição de pena, deve ter o seu reconhecimento reservado ao corpo de jurados.

Também aqui o número de crimes não coincide com o número de processos, já que em um processo, algumas vezes, havia mais de um delicto; por exemplo, uma pessoa atinge duas ou mais, matando-as, num mesmo contexto de ação, faz com que haja unidade de processo e julgamento. Nos oitenta processos foram apurados 92 crimes de homicídio, tentados ou consumados, vinte e sete crimes foram classificados como "simples" (art. 121, "CAPUT"), ou seja, 29,34%. Os sessenta e cinco restantes foram classificados como qualificados e dentre esses dezessete (18,47%) por motivo torpe (art. 121, § 2º, 1); vinte e cinco (27,17%) por motivo fútil (art.

121, § 2º, II); quatro (4,34%) por emio insidioso ou cruel (art. 121, § 2º, III); quinze (16,30%) mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV); 4 (4,34%) foram cometidos para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 121, § 2º, V).

Dos sessenta e cinco homicídios qualificados, vinte e cinco (38,46%) foram duplamente qualificados, o que é dizer, cercaram o fato duas circunstâncias qualificadoras. Desses vinte e cinco, vinte e três (92%) tiveram como segunda qualificadora a surpresa (não prevista expressamente, mas "encaixada" no inciso IV do § 2º do art. 121) e somente dois (8%) tiveram como segunda qualificadora a intenção de assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 121, § 2º, V).

Como se vê, 70,65% dos casos pesquisados foram pela denúncia classificados como qualificados e de todos os fatos trinta e um (33,69%) não se consumaram, de modo que a pena é a prevista para o tipo penal diminuída de um a dois terços.

O presente trabalho, como se vê, teve a única finalidade de expor algumas observações de ordem prática feitas a partir de alguns casos aleatoriamente apanhados perante a Vara do Júri da Comarca de Campinas.

## A ESCOLHA DO JUIZ COMPETENTE\*

Alzira Teixeira Pinto Mendes

### SUMÁRIO

<b>Introdução</b> . . . . .	46
<b>I – Competência</b>	
1 – Conceito de competência . . . . .	46
2 – Determinação da competência . . . . .	47
<b>II – Competência Internacional</b>	
1 – Competência internacional exclusiva . . . . .	48
2 – Competência internacional concorrente . . . . .	49
3 – A incompetência da autoridade judiciária brasileira . . . . .	49
4 – A litispendência internacional . . . . .	50
<b>III – A Competência Constitucional</b>	
1 – Determinação da competência constitucional . . . . .	50
2 – Caráter material e absoluto da competência constitucional. . . . .	52
3 – A competência constitucional especial . . . . .	52
a – Competência da Justiça Eleitoral. . . . .	52
b – Competência da Justiça do Trabalho . . . . .	52
c – Competência da Justiça Militar . . . . .	52

---

(\*) Monografia apresentada como exigência final para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, sob a orientação do Desembargador Dr. João Penido Burnier Júnior.

	45
<b>IV – Competência da Justiça Comum</b> . . . . .	53
<b>V – Competência Interna da Justiça Comum</b> . . . . .	53
1 – Competência interna da Justiça Federal e Competência Interna da Justiça Comum . . . . .	54
a – Competência funcional . . . . .	54
b – Competência territorial. . . . .	56
c – Competência material . . . . .	59
d – Competência em razão do valor da causa . . . . .	60
<b>VI – Modificação da Competência</b>	
1 – Competência absoluta e relativa . . . . .	60
2 – Conexão e continência . . . . .	60
3 – Conseqüência da conexão e continência. . . . .	60
4 – Prorrogação legal (Art. 107, 108 e 109 do CPC). . . . .	60
5 – Suspensão prejudicial . . . . .	60
6 – Perpetuação de jurisdição . . . . .	60
<b>Conclusão</b> . . . . .	64
<b>Bibliografia</b> . . . . .	65
<b>Abreviaturas mais Utilizadas</b> . . . . .	66

## INTRODUÇÃO

O tema abordado nesse trabalho é de real importância, em face das dificuldades encontradas quanto aos critérios determinativos da competência, que não apresentam uniformidade nem nas leis que regulam a competência, nem na doutrina e jurisprudência.

Entre outros, este é "um dos temas mais intrincados da processualística, ensejando não poucas dificuldades práticas".<sup>1</sup>

Há casos em que, na prática, o problema da competência criou sérios incidentes, notadamente comprovados pelas arguições da exceção de incompetência nas contestações e nas declarações feitas "de officio" pelos magistrados, constituindo, assim, entraves ao processamento, já em si moroso, das causas.

Nosso trabalho é despretenhoso quanto à apresentação de critérios e doutrinas inovadoras. Visa, antes de mais nada, compilar as diretrizes gerais para se chegar ao juiz competente e esclarecer, embora sucintamente, a legislação existente sobre o assunto. Visa, também, oferecer subsídios para a aplicação prática de princípios norteadores na busca do juiz competente.

Assim é que não nos detivemos em esmiuçar os textos legais, mas apenas indicá-los e tecer sobre eles rápidos comentários.

Para tornar mais didática nossa explanação, dividimo-la em temas e subtemas e à medida de seu desenvolvimento reportamo-nos Art. da lei, visando sempre construir um instrumento prático de orientação sobre Competência, que segundo alguns estudiosos, é a medida da jurisdição.

## I. COMPETÊNCIA

### 1. Conceito de Competência

Para compor os conflitos de interesse que ocorrem, o Estado exerce o seu poder de jurisdição. A jurisdição é função estatal e uma entre

(1) Moacyr Amaral SANTOS, Primeiras linhas de Direito Processual Civil, pág. 207.

as demais características que configuram a soberania do Estado. Assim sendo, o Estado a exerce sobre todo o território. Acontece, porém, que levando-se em conta a extensão territorial e o princípio da divisão do trabalho, a jurisdição é distribuída entre os diversos órgãos jurisdicionais, em razão do território, da distribuição da população, da natureza das causas, de sua complexidade e de seu valor.

Ao dar as atribuições aos órgãos jurisdicionais, limitando seus poderes, a lei estabelece a competência desses órgãos. "Diz-se que um juiz é competente quando, no âmbito de suas atribuições, tem poderes jurisdicionais sobre determinada causa."<sup>2</sup>

Competência é, então, a delimitação da jurisdição.

## 2. Determinação da Competência

Em não havendo delimitação da jurisdição, ou seja, o estabelecimento da competência, inúmeros conflitos surgiriam, em virtude do atrito com as jurisdições de outros Estados e não seria evitada a situação embaraçosa de dois ou mais órgãos judiciários equivalentes julgarem a mesma ação, ao mesmo tempo.

Todo juiz tem jurisdição, mas é necessário que além da jurisdição, ele tenha também atribuição que lhe permita conhecer e decidir aquelas ações que lhe são propostas.

Torna-se, então, necessário que haja a determinação da competência.

Nosso Código de Processo Civil distingue a competência interna da competência internacional, nos Art. 88, 89 e 90, mas, não estabelece os critérios que seguiu para classificar as diferentes espécies de competência interna.

Após consultar as diferentes opiniões sobre o assunto, explicitadas por Lopes da Costa, Frederico Marques e Gabriel de Rezende Filho, nos parece mais viável, juntamente com Moacyr Amaral Santos, aceitar os ensinamentos de Chiovenda.<sup>3</sup>

Segundo ele, a competência se determina por três critérios fundamentais: o objetivo, o territorial e o funcional.

Pelo critério objetivo, examinamos o aspecto do processo, verificamos a demanda segundo seus vários elementos; já o critério territorial

(2) Moacyr Amaral SANTOS, Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 1984, 1º vol, pág. 201.

(3) Giuseppe CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, 2º vol., pág. 179.

leva em conta que os juízes estão distribuídos entre as diversas circunscrições judiciárias do Estado e, finalmente, o critério funcional baseia-se no fato de que, em um mesmo processo, diferentes juízes podem exercer funções diversas.

Segundo o critério objetivo determinamos a competência:

- em razão da matéria (*ratione materiae*);
- em razão das pessoas ou partes (*ratione personae*) e
- em razão do valor da causa.

Na prática se afigura importantíssimo o instituto da competência, uma vez que todas as vezes que formos postular em juízo, teremos, antes de mais nada de dirigir a petição inicial ao Juízo competente.

Há disposições legais para essa determinação. Estão elas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>4</sup>, notadamente, nos Art. 112 a 144; na Constituição do Estado de São Paulo, no Código de Processo Civil, em especial, nos Art. 86 a 111, e mais ainda, nas diversas leis de Organização Judiciária de cada Estado e na Lei Federal nº 5.010 de 30 de maio de 1966, com as posteriores alterações.

## II. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Servimo-nos do critério objetivo para a determinação da competência internacional. Como primeiro passo, indagamos: Qual é a NAÇÃO competente para solucionar a lide em questão? Encontramos a resposta nos Art. 88 a 90 do Código de Processo Civil.

O citado Código estabelece duas hipóteses, ou seja:

- 1 — Casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, e
- 2 — Casos de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira.

### 1. Competência Internacional Exclusiva

Compete à autoridade judiciária brasileira, excluindo-se qualquer outra:

---

(4) CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL 1967, com a redação dada pela emenda constitucional nº 1 de 17-10-69.

- a) Conhecer e decidir sobre ações que se refiram a imóveis localizados no Brasil. Entendemos ser esta competência uma questão de soberania.
- b) Abrir e processar o inventário e a partilha de bens situados no Brasil, mesmo que o "de cujus" seja estrangeiro e tenha fixado residência fora do território brasileiro.

## 2. Competência Internacional Concorrente

Há casos em que o exercício da jurisdição pode estar afeto a um como a outro Estado. Esse fato nos leva a aceitar e reconhecer a competência concorrente, isto é, as respectivas ações tanto podem ser propostas e decididas pela Justiça de um ou de outro país. Ambos reconhecerão seus resultados como absolutamente legais.

O Art. 88 do CPC prevê os seguintes casos de competências concorrentes:

- a) nas ações em que a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil;
- b) nas ações em que o réu estiver domiciliado no Brasil, qualquer que seja sua nacionalidade;
- c) nas ações que tiverem como origem fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Observe-se que, no caso de pessoa jurídica, para o fim do disposto na alínea "a", considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Nos casos acima discriminados, se as ações forem propostas no estrangeiro, terão validade no Brasil, depois que a respectiva sentença for homologada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Art. 483 e 484 do CPC.

Em resumo, pode-se dizer que as causas nas circunstâncias caracterizadas no Art. 88 não são de competência exclusiva da justiça brasileira, mas esta tem preferência.

## 3. A Incompetência da Autoridade Judiciária Brasileira

Convém a título de ilustração e esclarecimento, citar um caso em que a autoridade judiciária brasileira é absolutamente incompetente

para dirimir o conflito e compor a lide, mesmo sendo o Brasil parte envolvida no negócio entabulado.

Vejamos: Se o Brasil exporta um determinado produto para a Argentina e o comprador não paga, a execução, ação de cobrança e pedido de falência só poderão ser ajuizados na Argentina. Neste caso, em razão da matéria, o réu será demandado em seu domicílio, não prevalecendo as regras do Art. 88.

#### 4. A Litispêndência Internacional

Primeiramente cumpre-nos lembrar que dá-se a litispêndência quando estão em tramitação duas ações perfeitamente idênticas, isto é, que têm o mesmo objeto (*eadem res*), identidade de partes (*eadem personae*) e a mesma causa de pedir (*eadem causa petendi*). Sempre que fica caracterizada a litispêndência, o juiz da segunda ação ajuizada decreta a extinção do processo, permanecendo em curso somente a primeira ação proposta.

Entretanto, o Código Processual, em seu Art. 90 dispõe: "A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispêndência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas."

Isto significa que em se tratando "de ações idênticas, em curso concomitantemente no Brasil e em outro país, não se estabelece a litispêndência, podendo cada uma ter o seu curso normal no país onde tenha sido ajuizada."<sup>5</sup>

### III. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL

#### 1. Determinação da Competência Constitucional

Após definida qual a NAÇÃO competente, procura-se determinar qual a JUSTIÇA competente. Para tal examina-se, como medida prática, os diferentes documentos. Em primeiro lugar, a Constituição Federal e, a seguir, as Leis Federais, CPC, Lei Orgânica da Magistratura Nacional

---

(5) Antônio José de Souza LEVENHAGEN, Comentários ao Código de Processo Civil, 1º vol, pág. 116.

e leis locais de organização judiciária. É necessário que se conheça, antes de mais nada, a competência determinada pela Carta Magna.

Segundo o Art. 112 da CF, o Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

- Supremo Tribunal Federal
- Conselho Nacional da Magistratura
- Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais
- Tribunais e Juízes Militares
- Tribunais e Juízes Eleitorais
- Tribunais e Juízes do Trabalho
- Tribunais e Juízes Estaduais

Em razão da metodologia adotada para exame da questão, examinaremos, primeiramente, a competência dos órgãos de jurisdição superior, isto é, segundo e terceiros graus (STF, Conselho Nacional da Magistratura, Tribunais Superiores de Tribunais) e, depois, a competência dos órgãos de jurisdição inferior, ou primeiro grau (Juízes).

No ápice da jurisdição superior está o Supremo Tribunal Federal que é um órgão de superposição, não se caracterizando nem como justiça comum, nem como justiça específica.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu Art. 119, a competência do STF, abordando os seguintes aspectos:

- Competência originária (inciso I e alíneas)
- Competência recursal (inciso II e alíneas)
- Competência precípua que é a de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais (inciso III e alíneas).

O Conselho Nacional da Magistratura tem sua competência definida pelo § 1º do Art. 120 da CF. A ele cabe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros. É junto a esse Conselho que funciona o Procurador Geral da República.

A competência do Tribunal Federal de Recursos se caracteriza, também, como originária (inciso I e alíneas do Art. 122) e, ainda, recursal (inciso III do Art. 122).

## 2. Caráter Material e Absoluto da Competência Constitucional

Pela análise dos textos constitucionais podemos chegar à conclusão, como Moacyr Amaral Santos, de que a lei dá a determinados juízes a competência exclusiva para conhecer e julgar litígios que tratam de determinada matéria. Isto quer dizer que, levando-se em conta a natureza da relação de direito material em lide, a lei, em virtude de motivos políticos ou práticos, sem qualquer critério científico, atribui a certos juízes a competência para conhecer e decidir a lide, com absoluta exclusividade. Assim é que a competência constitucional tem caráter material e absoluto.

## 3. A Competência Constitucional Especial

É também na Constituição Federal que encontramos a criação dos órgãos de jurisdição especial, a saber:

– Superior Tribunal Militar, Tribunais e Juízes Inferiores (Art. 127 e 128 com seus parágrafos e alíneas), cuja competência está delineada no Art. 129 e seus parágrafos. Em linhas gerais compete à Justiça Militar processar e julgar, nos crimes militares, definidos em lei, os militares e as pessoas que lhe são assemelhadas, Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes contra a segurança nacional e instituições militares.

– Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, juízes eleitorais e Juntas Eleitorais (Art. 130 e incisos). A competência da Justiça Eleitoral está definida nos incisos do Art. 137.

– Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento (Art. 141 e incisos). É o Art. 142 que define a competência da Justiça do Trabalho.

O Art. 125, incisos e parágrafos da CF define a competência dos Juízes federais de primeira instância.

Vimos aí, em rápidas pinceladas, a competência da Justiça Federal estabelecida na CF, também denominada Justiça da União, que “é o conjunto de órgãos que formam o Poder Judiciário Federal, organizado e mantido pela União, do qual fazem parte, o STF, o Conselho Nacional da Magistratura, o Tribunal Federal de Recursos, os Juízes federais, o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores: o Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais; e o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas de Conciliação e Julgamento.”<sup>6</sup>

---

(6) Vladimir Souza CARVALHO, Da Justiça Federal e sua competência, pág. 1.

#### IV. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM

Na chamada Justiça Comum, em oposição à Justiça Especial plenamente explicitada na CF, tanto a justiça federal como a justiça local julgam causas cíveis, penais, comerciais, tributárias, etc. Não há especialização em matéria legislativa para esses dois tipos de justiça (federal e local).

A diferença está no fato de que a Justiça Federal, a União, entidades autárquicas, Fundações ou órgãos federais ocupam a posição de autores, réus, assistentes ou oponentes. Mesmo assim, há exceções, que indicaremos a seguir:

1 — Nas causas em que for parte instituição de previdência social e cujo objeto for benefício de natureza pecuniária, serão processadas e julgadas na Justiça Estadual, sempre que na Comarca do domicílio dos segurados ou beneficiários não houver vara do juízo federal. Entretanto, o recurso, que no caso souber, será interposto para o Tribunal Federal de Recursos (§ 3º do Art. 125 da CF);

2 — São de competência da justiça local as causas de falência (Inciso I do Art. 125 da CF);

3 — As ratificações de protestos formados a bordo de navio ou aeronave, serão de competência da justiça local, quando nos portos e aeroportos não existir Vara da Justiça Federal (§ 4º do Art. 125 da CF);

4 — Também, as causas em que a União for autora serão aforadas na Capital do Estado ou Território onde tiver domicílio a outra parte; as intentadas contra a União poderão ser aforadas na Capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; e na Capital do Estado onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal.

#### V. COMPETÊNCIA INTERNA DA JUSTIÇA COMUM

As causas que não constam da regulamentação da competência internacional (Art. 88 a 90 do CPC) estão sujeitas às normas previstas no CPC, do Art. 91 ao 124, artigos esses que tratam da competência interna.

A competência interna é a que trata da distribuição das causas entre os juízes brasileiros.

Após estarmos certos de que uma causa pertence à jurisdição brasileira e determinarmos a justiça competente (federal ou comum; cível, criminal, comercial, etc.), estamos diante do problema de saber qual é o JUIZ competente.

Há que se distinguir, ainda, JUIZ competente, de FORO competente. Fa-lo-emos segundo Gabriel Rezende Filho: "a distinção é de importância prática, pois em foro competente pode haver juízes competentes e incompetentes, cumprindo, assim, ao interessado verificar, preliminarmente, antes da propositura da ação, qual o foro competente para em seguida indagar qual o juiz competente."<sup>7</sup>

Observe-se, ainda, que quando na Comarca houver mais de um juiz competente em diferentes Varas, há necessidade da Distribuição. É o Cartório do Distribuidor que, através da Distribuição indicará a Vara e o Juízo competente.

## **1. Competência Interna da Justiça Federal e Competência Interna da Justiça Comum**

Os fatores que influem na fixação da competência interna, seja ela federal ou comum, são de três ordens:

- a) as funções atribuídas ao Juiz no processo (critério funcional)
- b) a situação territorial da coisa, objeto da ação (critério territorial)
- c) a natureza da causa em razão da matéria, das pessoas ou partes e em razão do valor (critério objetivo).

### **a) Competência Funcional**

A competência funcional é aquela baseada nas funções especiais atribuídas ao Juiz em determinados processos. Diversos juízes podem, em momentos distintos, exercer funções diferentes num mesmo processo.

Conforme esse critério são separadas as competências dentro desse processo. Melhor explicitando: o processo é composto por uma série de atos coordenados dirigidos a um fim. Como uma seqüência de atos coordenados, o processo se desenvolve no tempo e no espaço. Assim, pode acontecer que um juiz que tomou conhecimento da lide e dirigiu o processo durante a fase postulatória, deixe de participar dele por algum tempo ou definitivamente (férias, licença, remoção, promoção ou aposentadoria). Em virtude de qualquer desses impedimentos, outro juiz virá substituir o primeiro, para que o processo possa ter sua tramitação normal.

(7) Gabriel REZENDE FILHO, Curso de Direito Processual Civil, pág. 112 e 114.

Proferida a sentença poderá ser interposto recurso para a instância superior. Outros juízes atuarão nesse mesmo processo: o juízo "a quo" na preparação para a remessa dele a outros juízes ou desembargadores (Juízo "ad quem") que terão a função de reapreciá-lo e julgá-lo. Conclui-se, então, que vários juízes podem funcionar, legitimamente, no mesmo processo, em momentos distintos.

Dessa forma, observa-se que podemos considerar o processo em dois planos: um plano horizontal, ou seja, no mesmo grau de jurisdição, e num plano vertical, quando o processo tramita de uma jurisdição inferior para uma superior.

Sob esse aspecto vê-se que cada um dos juízes que atuam no processo tem competência funcional em relação a certos ou a um conjunto de atos no mesmo processo.

No tocante à competência funcional, no plano horizontal, nosso CPC não proíbe, de forma imperativa, a mudança de juiz durante o andamento do processo, qualquer que seja a justiça: federal ou comum.

Dispõe o CPC, no Art. 132: "O juiz titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a audiência, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor." A sistemática expressa em nossa lei processual consagra os princípios da imediatidade e o princípio da identidade física do juiz. Portanto, é competente para setenciar, o juiz (efetivo ou substituto) que houver iniciado a instrução do processo em audiência.

Nos casos em que não prevalecer a regra, o sucessor ao assumir o processo dará prosseguimento à audiência, mandando repetir, se necessário, as provas produzidas oralmente.

Acontece comumente que juízes com jurisdição em outras circunscrições judiciárias funcionam no mesmo processo. Por ex: casos em que a citação é feita por carta precatória. Conforme dispõem os Art. 200 e 201 do CPC, o juiz deprecado deverá dar cumprimento à solicitação do juiz deprecante.

Também, na ação executória, se o executado não possuir bens no foro da causa, poderá ser feita a execução por carta precatória para que os bens sejam penhorados, avaliados e arrematados no foro de sua situação. Em sendo oferecidos embargos, esses, segundo o Art. 747 do CPC, deverão ser impugnados e decididos no juízo deprecado. Há controvérsias quanto à viabilidade do disposto nesse artigo.

Provas periciais, testemunhais, depoimentos de partes, etc., são com freqüência produzidas em outro juízo que não o do foro onde a causa foi proposta.

No que tange à competência funcional, no plano vertical, temos a observar que ao se interpor recurso contra decisão de 1º grau, é necessário verificar qual o Tribunal competente para conhecer e decidir do mesmo. Vejamos:

a) Se forem causas decididas pelos juízes federais, a competência para julgar, em grau de recurso, é do Tribunal Federal de Recursos (Art. 122, III da CF).

O Tribunal Federal de Recursos julgará, também, em grau de recurso, as ações propostas nos termos do § 3º e § 4º do Art. 125 da CF, às quais já nos referimos linhas atrás.

Será, também, da competência do Tribunal Federal de Recursos decidir sobre as ações em que a lei permitiu que a ação fiscal e outras fossem interpostas no foro do Estado ou Território e atribuído ao Ministério Público respectivo a representação judicial da União, conforme hipótese prevista pelo Art. 126 da CF.

b) Se as decisões recorridas foram proferidas por juízes locais de 1º grau (Justiça estadual comum ou ordinária), a competência, em regra, será do Tribunal de Justiça respectivo.

No Estado em que houver também Tribunais de Alçada, como no Estado de São Paulo, é necessário que seja consultada a lei de organização judiciária local para saber qual dos Tribunais será o competente.

Nos Tribunais há órgãos individuais (Presidente, Relator, revisor) e órgãos coletivos (Câmaras, Turmas, Seções, Tribunal Pleno, etc.), cujas competências são disciplinadas pelos respectivos Regimentos Internos.

## **b) Competência Territorial**

Utilizando-se do critério objetivo para estabelecer a competência, encontramos juízes com igual competência quanto à matéria e quanto ao valor da causa que se encontram em diferentes circunscrições judiciárias. Em qual delas se propõe a ação?

Servimo-nos então do critério territorial para solucionar a questão e determina-se, então, a competência territorial, também chamada competência de foro. O juiz de uma Comarca só pode praticar atos válidos dentro dos limites territoriais dessa mesma Comarca.

A competência territorial é geral ou é especial. A competência geral é determinada pelo domicílio do réu. Essa regra está contida no Art. 94 do CPC. A Competência especial é determinada pela situação da coisa ou em razão dos fatos.

Ao fixar a competência em razão do território, o CPC trata das ações fundadas em direito pessoal ou direito real sobre móveis, estipulando, que elas serão propostas no domicílio do réu. É o chamado foro geral.

Trataremos agora, da competência territorial especial.

O Art. 95 do mesmo diploma legal determina que nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa, podendo, entretanto, o autor optar pelo foro do domicílio ou eleição, caso a lide não envolva direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras enunciação de nova obra.

Por ex., uma ação reivindicatória de um imóvel situado na Comarca de Jundiá só poderá ser proposta nessa Comarca, ainda que o réu ou o autor aí não residam. O mesmo não acontecerá se se tratar de uma ação de despejo de uma casa porque o objeto da ação não é a casa a ser retomada, mas a obrigação oriunda do contrato locatício.

O Art. 95 do CPC permite exceção, nos casos especificados, quando então, o foro competente poderá ser do domicílio ou de eleição.

Outro caso de competência territorial especial é o contemplado no Art. 96 do CPC. Refere-se ao foro de sucessão.

O foro do último domicílio do falecido é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento das disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

No caso em que o autor da herança não tenha domicílio certo, a lei processual admite que as ações sejam propostas no foro da situação dos bens ou no lugar onde ocorreu o óbito.

A competência especial de foro acontece, também, em razão da pessoa envolvida no litígio, atendendo-se a particulares condições da pessoa. Pode-se verificar tal fato em relação a pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, a incapazes, à mulher em condições peculiares, ao alimentando, etc.

Assim é que, segundo o Art. 97 do CPC, as ações em que o ausente for réu correm no foro do último domicílio dele, foro esse que também é competente para a propositura do inventário, partilha, arrecadação e cumprimento de disposições testamentárias.

Dispõe o Art. 98 do CPC que a ação em que o incapaz for réu, se processará no foro do domicílio de seu representante.

O Art. 99 do CPC trata do foro privilegiado conferido à União e aos Territórios, quando eles forem autores, réus, intervenientes mediante oposição, assistência, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamen-

to ao processo, etc. No caso referido, o foro competente será o da Capital do Estado onde se derem os fatos, se se tratar da União e o da Capital do Território se este for autor, réu ou interveniente.

O parágrafo único do Art. 99 ratifica o foro privilegiado previsto no caput do Art., e altera diretamente o que dispõe o Art. 87, o qual prescreve que as modificações de estado de fato e de direito ocorridas posteriormente não alteram a competência firmada inicialmente. Por ex: Estando em andamento uma ação entre duas pessoas, na Comarca de Campinas e nessa ação a União vem a intervir, é necessário que o Juiz de Campinas remeta os autos à Justiça Federal de São Paulo, que, então, passa a ser a Justiça competente.

Estão excluídos do Art. 99, os processos de insolvência que serão propostos no domicílio do insolvente e mais, ainda, casos previstos em lei, como a falência (inciso I do Art. 125 da CF).

O Art. 100 do CPC enumera várias exceções à regra geral de competência do foro do domicílio do réu, a saber:

a) para as ações de separação dos cônjuges, divórcio, conversão de separação em divórcio e anulação de casamento, é competente o foro da residência da mulher;

b) para as ações de alimento é competente o foro do domicílio dos alimentandos;

c) para a ação de anulação de títulos extraviados ou destruídos, é competente o foro do domicílio do devedor;

d) É competente o foro do lugar:

— onde está a sede da pessoa jurídica, quando esta for ré;

— onde se acha a agência ou a sucursal da pessoa jurídica, quanto às ações que se refiram às obrigações que ela contraiu;

— onde a sociedade, que carece de personalidade jurídica, exercer sua atividade principal;

e) É competente o foro do lugar do ato ou fato:

— para a ação de reparação de danos;

— para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios.

Quando a ação se referir a reparação de danos sofridos em consequência de delito ou acidente de veículos, é competente para a propositura da ação, além do local do fato, também o foro do domicílio do autor.

O Art. 101 do CPC indica qual o juiz competente para a homologação do laudo arbitral.

Convém recordar que “Laudo arbitral é a decisão proferida por árbitros, louvados pelas partes interessadas, que a tanto hajam convenicionado, mediante compromisso, instituto regulado pelo Código Civil, Art. 1037 a 1048.”<sup>8</sup>

O compromisso pode ser: judicial e extrajudicial.

O compromisso judicial é aquele celebrado após proposta a ação, por termo, nos autos do processo. É competente para a homologação do laudo arbitral, em 2º grau, o Tribunal que houver de julgar o recurso.

O compromisso é extrajudicial quando celebrado antes da propositura da ação, por instrumento público ou particular, assinado pelos interessados e por duas testemunhas. Nessa hipótese, será competente para a homologação do laudo arbitral, em 1º grau, o juiz a que originariamente tocaria o conhecimento da causa, se ela tivesse sido ajuizada.

A seguir, servindo-nos do critério objetivo para a determinação da competência, verificaremos a competência em razão da matéria e a competência em razão do valor da causa.

### **c) Competência Material**

A competência em razão da matéria é determinada levando-se em conta a natureza substantiva da relação jurídica material em lide.

A lei atribui a determinados juízes competência exclusiva para conhecer e decidir certos litígios por tratarem de determinada matéria.

Em São Paulo, por ex. há grande heterogeneidade de foros, ou seja, Varas especializadas em:

- Acidentes do Trabalho
- Família e Sucessões
- Feitos da Fazenda Municipal
- Feitos da Fazenda Estadual
- Registros Públicos
- Criminais
- Cíveis (Competência residual)
- Menores
- Varas Distritais

Nas Comarcas do interior, onde há apenas um juiz, tem ele jurisdição plena ou competência cumulativa.

(8) Moacyr Amaral SANTOS, Primeiras Linhas de Direito Processual, 1º vol., pág. 243.

Segundo o Art. 92 do CPC, compete exclusivamente ao juiz de direito processar e julgar o processo de insolvência e as ações concernentes ao estado e à capacidade da pessoa.

Aqui a competência em razão da matéria não é determinada por leis de Organização Judiciária, mas pela própria lei processual. As causas citadas (estado e capacidade das pessoas) são de relevante importância e, por isso mesmo, o CPC procura cercá-las de garantia em seu processamento e julgamento. São elas confiadas com exclusividade ao Juiz de Direito, isto é, magistrados que gozam de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, garantias essas que lhe são conferidas e asseguradas pela CF.

Em virtude do exposto, os juízes, em estado probatório, ou seja, que ainda não possuem dois anos de exercício não deveriam ter competência para processar e julgar os feitos constantes dos incisos desse artigo, desde que se leve em conta a intenção contida no referido Art. 92.

Segundo alguns, não há o impedimento a que nos referimos. A lei teria usado a expressão "JUIZ DE DIREITO" com o objetivo de impedir que as referidas causas fossem conhecidas e decididas por juízes municipais, cargos hoje inexistentes, em virtude de extinção. Na prática observa-se a aceitação desse segundo ponto de vista.

#### **d) Competência em Razão do Valor da Causa**

A fixação da competência em razão do valor da causa é atribuída à Lei de Organização Judiciária de cada Estado, como dispõe o Art. 91 do CPC, ressalvados os casos expressos nesse mesmo diploma legal.

Atualmente, na primeira instância, não é mais levada em conta a fixação da competência em razão do valor da causa. Já, na segunda instância, o fator valor da causa ainda exerce influência, nos Estados onde existem os Tribunais de Alçada, pois a estes estão afetos os julgamentos de recursos interpostos em ações cujos valores não ultrapassem certo limite estabelecido na Lei de Organização Judiciária do respectivo Estado. Acima desse teto estabelecido, a competência passa a ser dos Tribunais de Alçada.

### **VI. MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA**

1. Competência absoluta e relativa
2. Conexão e Continência

3. Conseqüências da Conexão e Continência
4. Prorrogação legal
5. Competência Convencional
6. Suspensão prejudicial
7. Perpetuação da Competência

A competência em razão do valor e do território poderá modificar-se pela conexão e continência.

Isto significa que a competência determinada pelos referidos fatores é relativa, isto é, pode se modificar, ou se prorrogar.

Opondo-se à competência relativa, há a competência absoluta que é aquela fixada em razão da hierarquia ou funcional e em razão da matéria. Essa última é imodificável ou improrrogável.

O Art. 102 do CPC consagra a competência relativa, em virtude da conexão e da continência, termos claramente conceituados pelos Art. 103 e 104 da lei processual, conforme segue:

— Duas ou mais ações são conexas quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto as partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

Desde que entre duas ações propostas em juízos competentes diversos, se verificar o vínculo da conexão ou continência, passarão elas à competência de um só deles (Art. 105 do CPC).

A reunião das ações por iniciativa do juiz ou a requerimento das partes tem por objetivo fazer com que as ações sejam julgadas por um só juiz, evitando decisões contraditórias.

O Art. 106 do CPC refere-se à modificação da competência pela prevenção. Assim é que correndo em separado ações conexas perante juízes que têm a mesma competência territorial, considera-se prevento aquele que despachou em primeiro lugar. Esse primeiro despacho deve ser entendido como aquele que ordenou a citação do réu.

Há que se estabelecer aqui o confronto do Art. 106 com o Art. 219 do CPC. A regra explicitada no primeiro Art. é válida somente para os casos de conexão e continência, por que em não se tratando dessa hipótese, a competência é fixada de acordo com a norma contida no segundo Art. em destaque, ou seja, que a citação válida torna prevento o juízo.

Repetindo, temos que no caso da conexão ou continência, a prevenção se dá com o primeiro despacho que ordenou a citação, e não com a citação feita em primeiro lugar.

Após nos referirmos às conseqüências da conexão e continência, abordaremos os três casos de prorrogação legal contidas na lei processual em vigor, nos Art. 107, 108 e 109.

### 1º CASO

Quando um imóvel, objeto de uma ação estiver situado em mais de uma Comarca, o foro de cada uma delas seria competente para a ação referente à parte do imóvel aí situada, o que levaria a fragmentar a ação em tantas quantas fossem as comarcas da situação.

Com o objetivo de evitar um procedimento tão inconveniente, o CPC estabeleceu que nesse caso todas as Comarcas em que o imóvel esteja situado serão competentes, porém, prevalecerá a competência pela prevenção, e o juiz competente considerado prevendo (Art. 219 do CPC) o será para a totalidade do imóvel.

### 2º CASO

A ação acessória será proposta perante o juiz competente para a ação principal.

A ação acessória, seja ela preparatória ou incidente, será julgada pelo mesmo juiz da ação principal e a ela se liga, pois a prepara ou a complementa.

Verifica-se, então, que a competência para o conhecimento e decisão da ação principal se prorroga para a medida cautelar (acessória), seja ela proposta antes, ou no curso da ação mais importante quanto ao objetivo do autor.

Quando a ação preparatória é proposta tem-se o cuidado de verificar antes qual é o juiz competente para a ação principal.

### 3º CASO

O juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente.

Em última análise, o Art. 109 reedita o Art. 108, por que o aparecimento das ações citadas foi provocado pela ação principal e não

deixam de ser acessórias. A competência para julgamento da ação principal se prorroga para elas por ser de todo conveniente que o julgador seja o mesmo.

Vê-se, então, que "a prorrogação da competência é o fenômeno processual pelo qual o juiz incompetente se transforma em juiz competente. Amplia-se a competência daquele, prorroga-se a sua jurisdição para conhecer e decidir de causa em relação à qual, segundo os critérios determinativos da competência, ele seria incompetente."<sup>9</sup>

Há, então, duas espécies de prorrogação de competência: a voluntária e a legal, sendo que a primeira pode ser expressa ou tácita.

Os casos de prorrogação legal já foram por nós descritos anteriormente.

A prorrogação voluntária expressa refere-se àquela em que a fixação do foro é feito por convenção das partes, tal como se estabelece nos contratos. É o foro de eleição ou foro convencional. Confunde-se, pois, com o foro do contrato, que é foro do domicílio por eleição, não se tratando de prorrogação da competência.

A prorrogação tácita é a que resulta do fato do réu não opor exceção declinatória do foro ou do juízo, não arguir a incompetência, no prazo legal. Dá-se, aí, a prorrogação em decorrência do silêncio do réu.

Somente a competência relativa pode ser contemplada pelo Art. 114 do CPC, pois competência absoluta é improrrogável.

Necessário se torna, ainda, a título de esclarecimento, tratarmos da explicitação do Art. 110 do CPC.

Dispõe o citado Art. que "Se o conhecimento da lide depender da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz mandar sobrestar o andamento do processo até que se pronuncie a justiça criminal."

Assim é que a sentença condenatória na Justiça Penal poderá influir no julgamento da Ação Cível referente à reparação de danos, mas não faz coisa julgada no Cível, podendo o Juiz da Justiça Cível julgar livremente.

Porém, a sentença absolutória na Justiça Penal vincula o Juiz da Justiça Cível, nos seguintes casos:

- a) quando a absolvição se verificar em virtude de excludente de criminalidade: o réu agiu em legítima defesa ou no estrito cumprimento do dever;
- b) quando ficar provado que o réu não foi quem praticou o crime.

(9) Moacyr Amaral SANTOS, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1ª vol., pág. 243.

Só não faz coisa julgada no Cível a sentença absolutória baseada na falta de provas suficientes para condenar no crime, caso em que o Juiz da Justiça Cível estará desvinculado e julgará livremente.

Se, entretanto, havendo o sobrestamento da ação cível e decorridos trinta dias, a ação penal não for proposta, o Juiz do Cível dará prosseguimento à ação até sua decisão. Este ao proferir a sentença cível tomará conhecimento da questão criminal para fundamentar sua decisão que, quanto à parte penal, não faz coisa julgada.

Completando nosso despretencioso trabalho, teceremos algumas considerações sobre a perpetuação da jurisdição (perpetuatio iurisdictionis).

O que vem ser isto? Significa que uma vez fixada a competência de um Juiz, este perdura até que se esgote a sua função jurisprudencial com a decisão da causa, ou com a execução da sentença.

São irrelevantes as modificações ocorridas posteriormente como por ex. a mudança de domicílio das partes, do estado civil delas, da cidadania ou do valor da coisa litigiosa, etc. Também em nada interferem as modificações do estado de direito, como incorporação do imóvel, que é objeto da lide, à outra Comarca.

Entretanto, o Art. 87 do CPC discrimina duas hipóteses em que a competência transmuda e prevalece a nova lei.

São elas: a supressão do órgão judiciário perante o qual se propôs a ação e a alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, que passam a constituir competência absoluta e, portanto, inderrogável.

## CONCLUSÃO

Do exposto conclui-se que os juízes não podem conhecer e decidir indiferentemente ações que versem sobre problemas internacionais e internos. Há que se estar atento à Constituição da República Federativa do Brasil, às leis federais, em especial, ao Código de Processo Civil Brasileiro e todas as demais leis que dispõem sobre a Organização Judiciária, para que sejam evitados conflitos de competência entre Estados e entre os diferentes órgãos da Justiça interna, criando obstáculos ao desenrolar dos processos.

Há, pois, critérios fundamentais que devem ser observados na determinação da competência dos juízes, quais sejam: o objetivo (em razão

da natureza da matéria e em razão do valor da causa), o territorial e o funcional.

As causas de acordo com os seus elementos, sua natureza, seu valor, as pessoas envolvidas como partes, a matéria em litígio etc, são decididas por juízes cuja competência está definida em lei.

Da mesma forma, estando a jurisdição delimitada pelo território que compreende as diferentes circunscrições judiciárias, assim também estará delimitada a competência, embora prorrogável, conforme o caso.

A competência é, enfim, também definida tendo-se em conta a função que diferentes juízes da mesma instância ou instâncias diferentes devem exercer no processo.

Através de um atento, paciente e cuidadoso exame da legislação, encontra-se, para cada causa, por mais complexa que seja, o juiz competente para conhecê-la e decidi-la.

### **NOSSOS AGRADECIMENTOS**

ao ANTONINHO, meu dedicado e querido esposo, que me acompanhou e incentivou na realização do Curso de Especialização;

a o DESEMBARGADOR DR. JOÃO PENIDO BURNIER JÚNIOR, nosso amigo, que com paciência, entusiasmo e dedicação de verdadeiro mestre nos orientou durante o Curso e muito contribuiu para nosso crescimento no ramo do Direito Processual Civil.

### **BIBLIOGRAFIA**

ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986. 390 p.

CARVALHO, Vlademir Souza. Da Justiça Federal e sua competência. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980. 182 p.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Lei 5869 de 11/01/73.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1969.

- GREGO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, 258 p.
- LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. São Paulo, Ed. Atlas, 1981. 295 p.
- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Ed. Didática e Científica, 1987. 270 p.
- REZENDE FILHO, Gabriel. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1957.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direitos Processual Civil. São Paulo, Ed. Saraiva, 1984. 389 p.

#### **PUBLICAÇÕES:**

TPD/IOB. Processo Civil, Módulo 1, São Paulo.

#### **ABREVIATURAS MAIS UTILIZADAS**

- Art. — Artigo, Artigos  
CF — Constituição Federal  
CPC — Código de Processo Civil  
Ed. — Editora  
etc. — (et cetera) e outros  
nº — número  
pg. — página, páginas  
STF — Supremo Tribunal Federal  
vol. — volume

## A CULPABILIDADE E O NOVO SISTEMA PENAL\*

**José Henrique Pierangelli**

Procurador de Justiça  
Prof. na USP e PUC de Campinas

1. O direito penal primitivo prescindia da culpabilidade, porque a sanção se fazia em razão da simples causação do resultado. Porém, na medida em que o direito penal amplia o seu horizonte de projeção, vai se aproximando cada vez mais do ponto em que hoje nos encontramos, porque vai dando mais e mais importância ao aspecto subjetivo da conduta humana, com o que vai chegar ao que atualmente denominamos de **princípio da culpabilidade**. Este princípio, inicialmente, podia ser enunciado como **nullum crimen, nulla poena sine culpa**, com o significado de que não há delito sem uma parcela de subjetividade. Formava-se, assim, um critério **objetivo-subjetivo**, que, coerentemente entendia a culpabilidade como uma relação subjetiva entre a conduta e o resultado e que podia assumir as formas de dolo e de culpa. Era a chamada **teoria psicológica** tão difundida entre nós na primeira metade deste século e que, hoje, encontra raros defensores.

Com um novo avanço na dogmática, a culpabilidade passou a formar um conceito complexo, que tornou bem difícil uma distinção entre a culpabilidade e a antijuridicidade, gerando uma confusão conceitual, principalmente na América Latina, em grande parte como resultado a grande acolhida pelos nossos autores das teses positivistas, com especial destaque para a obra de Franz von Liszt, que chegou a ser traduzida para o português no começo do século.

O constante progresso da doutrina permitiu estabelecer a distinção entre a culpabilidade e o injusto, que não se faz fundada tão somente fundado a partir de um critério objetivo-subjetivo, mas sim pelo **Sollen** e pelo **Können**, ou seja, pelo dever e pelo poder, com isto sendo introduzida na teoria a exigência da reprovabilidade, ou seja, um juízo normativo. Já não bastava para a existência de um delito que o agente tivesse agido, no mínimo, com culpa, mas também reclamava que essa culpa fosse reprovável.

---

(\*) Resumo da Palestra proferida na Escola Superior da Magistratura (Porto Alegre), em 20-06-86.

O princípio da culpabilidade requeria, portanto, dois aspectos diferentes: a culpa como mínimo e a reprovabilidade da culpa. Formava-se, assim, a chamada teoria psicológico-normativa da culpabilidade, ainda defendida por alguns autores que entre nós seguem a MEZGER.

Superada esta fase, a dogmática passou a contar com a **teoria normativa pura**, com profundos reflexos na teoria final da ação. Com a teoria normativa pura da culpabilidade, operou-se uma clarificação do enunciado com a exclusão do dolo e da culpa da culpabilidade, sua posição original, para ingressar na tipicidade, formando a chamada tipicidade subjetiva. O princípio da culpabilidade passou, desde então, a ser examinado em dois níveis: um na tipicidade e outro na culpabilidade.

Em nível de tipicidade, o princípio significa hodiernamente, que não existe conduta típica sem que se apresente o dolo, ou, ao menos, a culpa. Será portanto, atípica toda conduta que não seja dolosa ou culposa. Conseqüentemente, o resultado decorrente da conduta do agente para que seja considerado penalmente relevante, deve ingressar na vontade realizadora do agente. É o chamado **nullum crimen sine culpa**, garantido constitucionalmente.

Em nível de culpabilidade, o princípio enuncia a impossibilidade de ser irrogada uma pena ao agente se não se lhe pode exigir uma conduta de conformidade com o direito. É o chamado princípio de culpabilidade, que produziu profundas conseqüências na teoria do delito. É justamente aqui que se finca, doravante, o nosso interesse.

2. Não é de se confundir o princípio de culpabilidade com a fórmula estabelecida pelo parágrafo único do artigo 18, do Código Penal, que reproduz disposição também contida na legislação anterior. A expressão "não há delito se ao menos o fato não esteja previsto como culposo" está ligada ao princípio do **nullum crimen sine culpa**, constituindo-se em uma conseqüência do princípio da legalidade. Não é, portanto, princípio ligado culpabilidade, posto que se prende à tipicidade.

O princípio de culpabilidade liga-se a uma concepção do homem como pessoa, ou seja, como um ente dotado de capacidade de decidir acerca da conduta a ser realizada. Só a partir desse nível se pode realizar um juízo de reprovabilidade, pois, o princípio de culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de vontade do homem como afirma JESCHECK. Disto resulta que quando o direito se dirige a uma pessoa para fazer incidir sobre sua conduta um juízo de reprovação, é porque lhe reconhece esse caráter de ente responsável, ou seja, é a livre determinação da vontade humana pressuposto lógico e necessário do princípio de culpabilidade. Só dessa maneira se pode visualizar o homem, ou seja, se pode vê-lo de **pés no chão**, dotado de defeitos e virtudes tal qual o criou a natureza, para que se possa cogitar de um juízo de reprovação.

O nosso Código afasta a responsabilidade objetiva e o chamado **princípio do versari in re illicita**, ou, por outras palavras, afasta a responsabilidade em que se não considera a parte subjetiva da conduta, ao estabelecer que "pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente (art. 19). Com este dispositivo, certamente, a nossa jurisprudência irá se libertar do ranso positivista que ainda se manifesta em trabalhos doutrinários. Mas, a solução definitiva talvez só seja alcançada com a reforma da Parte Especial. É que no nosso País se tem esquecido uma importante disposição constitucional, a contida no artigo 153, § 2º, de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Examinando dispositivo semelhante existente na Constituição Argentina, ZAFFARONI, com a agudeza de sempre, observa que se pode proibir uma conduta, uma ação, mas proibir ao cidadão a causação de um resultado que não pode prever, e, ainda, sem saber quando a sua conduta está proibida, surge como algo difícil de se admitir. No Brasil, contudo, como recentemente em conferência lamentou DALMO DE ABREU DALLARI, o Direito Constitucional continua sendo muito pouco estudado, situado mesmo em um plano secundário em relação aos outros ramos da ciência jurídica.

3. O Código Penal Brasileiro, com a sua Parte Geral inteiramente reformulada, adotou a chamada **teoria da culpabilidade de ato ou de fato**, teoria esta que nos parece ser absolutamente inconciliável com a **teoria da culpabilidade de autor**, também denominada de teoria da culpabilidade de personalidade, de caráter, de condução de vida.

Para a primeira, censura-se o autor em face de seu ato típico e antijurídico na medida de sua possibilidade de determinar-se no caso concreto, enquanto para a segunda, o seu ato exsurge como manifestação de sua personalidade não pelo que fez, mas sim pelo que é. Advertimos, porém, que a consideração da reincidência no momento em que se opera a individualização da pena não significa um rompimento com a teoria da culpabilidade de fato, pois, não só não se nega vigência ao princípio da reserva legal em face de anterior previsão legal, mas principalmente porque apenas se censura o injusto em face da liberdade de atuação do agente e a sua personalidade apenas funciona como critério, nunca como objeto de censura. Não se pode reprovar ao agente por sua conduta de vida, mas tão somente a sua conduta típica e antijurídica, na medida do âmbito de liberdade em que ele atua, e, para tanto se faz mister a consideração de sua personalidade. Nada além disso.

O direito penal moderno, afirma FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, presidente da Comissão Revisora da nova Parte Geral, é

basicamente um direito penal do fato, que está construído sobre o fato do agente e não sobre o agente do fato, tanto que, seguindo as exigências do princípio da legalidade, os tipos penais descrevem modelos de conduta proibida e não um tipo de autor. É esse o critério que, no nosso entendimento, deve orientar o julgador no momento da concretização da pena.

4. Estabelecido já que a culpabilidade é vista no direito penal moderno numa concepção normativa pura, perfeitamente aplicável ao nosso Código, estabelecemos que ela também poderia ser aplicada na legislação anterior, porque se trata de conceito dogmático que não se vincula à obra do legislador.

Vejamos, agora, quais são os conceitos fundamentais que se deve considerar para que se possa estabelecer um juízo de culpabilidade dentro da concepção normativa pura. Com ZAFFARONI, podemos estabelecer os conceitos fundamentais em: reprovabilidade, disposição interna contrária à norma, possibilidade de realizar outra conduta, possibilidade de motivação na norma, exigibilidade e âmbito de determinação. Ainda que sinteticamente, vamos procurar realizar uma combinação desses conceitos.

a) **Culpabilidade, reprovabilidade e disposição interna:** Em uma concepção normativa, a culpabilidade é a reprovabilidade de um injusto a um autor, que só é possível quando fica revelado que o autor atuou com uma disposição anímica contrária à norma violada, disposição esta que fundamenta a culpabilidade. Não se trata, advertimos, de um **estado anímico** revelado pelo agente, mas de uma valoração da atitude anterior do autor de uma conduta;

b) **Disposição interna e possibilidade de outra conduta:** Esta disposição interna contrária à norma não se manifesta com o simples cometimento de um injusto, vez que só se pode fazer incidir um juízo de culpabilidade quando ao agente foi possível atuar de maneira diversa, ter conduta diversa daquela desenvolvida. Esta possibilidade de atuar de outra maneira deve ser entendida sempre como uma possibilidade exigível e jamais como uma possibilidade física de assim proceder;

c) **Disposição interna e possibilidade de motivação na norma:** A possibilidade de um atuar de maneira diversa começa a assumir relevância para culpabilidade quando o autor foi possível motivar a sua conduta na norma, ou seja, quando lhe foi possível não violar a norma. Contudo, é de se ter em conta que muitas vezes pode existir a possibilidade do agente motivar-se na norma é, não obstante, não ser sua conduta reprovável porque não se pode afirmar que essa conduta expressa uma disposição interna contrária à norma;

d) **Disposição interna e possibilidade exigível de motivação na norma:** Para que se possa estabelecer um juízo de culpabilidade não basta uma hipotética possibilidade de motivação na norma. Ao contrário, reclama-se uma **possibilidade exigível de motivação**;

e) **Exigibilidade de motivação na norma e âmbito de autodeterminação:** A exigibilidade de outra conduta, ou, por outras palavras, a exigibilidade de motivação na norma, começa quando o agente teve um certo âmbito de autodeterminação. Assim, quando o âmbito de autodeterminação do agente é muito restrito, ou seja, quando apenas se apresenta um mínimo de autodeterminação para a sua motivação na norma, haverá inexigibilidade ou ausência de culpabilidade. Quando, porém, ultrapassado está aquele umbral mínimo caracterizador da inexigibilidade, a conduta revela uma maior disposição interna contrária à norma que se manifesta através do injusto, e, por consequência, haverá uma maior reprovabilidade que conduz à punibilidade. Como consequência, o âmbito de autodeterminação para a motivação na norma é que irá determinar o grau de possibilidade exigível de motivação na norma, e, por consequência o grau de culpabilidade.

Concluindo, estabelecemos que a possibilidade exigível de motivação na norma é, muitas vezes, possível de ser determinada em face de critérios gerais da lei. De uma maneira geral, há possibilidade de motivação na norma e de atuação de outra maneira, quando o agente, com um relativo esforço, tem a possibilidade de compreender e de atender aos reclamos da norma, e quando a situação factual não restringe o seu âmbito de autodeterminação a um ponto mínimo de reprovabilidade.

5. Na segunda parte desta palestra nos propomos a examinar a problemática do erro, que, na reforma de 1984 assumiu novos contornos, consoante os artigos 20 e 21: "Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º. É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo". "Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência".

Adverte Francisco de Assis Toledo que para uma exata compreensão da teoria do erro, tal como a concebe a dogmática moderna, deve-se esquecer a velha divisão fundada no direito romano de erro de fato

e erro de direito. Conquanto o tema que nos foi proposto se restrinja à culpabilidade, e, por conseqüência, ao erro de proibição, impossível se nos afigura uma omissão completa ao erro de tipo, ao qual nos referiremos no transcórre deste trabalho. Queremos ressaltar, desde logo, que o erro de tipo está ligado à tipicidade, ou, como afirma o Código Penal português de 1982, "erro sobre as circunstâncias do fato", expressão tão ao agrado de EDUARDO CORREIA, pois, o erro de tipo é o erro ou ignorância da lei que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo legal.

O erro de proibição, ao revés, liga-se à culpabilidade, posto que recai sobre a ilicitude da conduta. Para abreviarmos a nossa exposição, e seguindo a doutrina mais recente, além de não possuir entre nós maior significação, não nos referiremos às chamadas teorias extremada e limitada do dolo, para nos atermos às teorias extremada e limitada da culpabilidade, a última das quais, segundo a Exposição de Motivos, adotada pela nova Parte Geral do Código Penal.

As teorias extremada e limitada da culpabilidade são defendidas pelos autores finalistas, sem que se possa, no momento, estabelecer para onde se inclina o pêndulo da balança. Podemos apenas estabelecer que os autores latinoamericanos, no geral, preferem a teoria extremada da culpabilidade, conquanto, entre nós, Francisco de Assis Toledo defenda, com ênfase, a teoria limitada, inserindo-a, por força de seu trabalho na Comissão Revisora, no nosso Código Penal.

Com finalidade pedagógica, vamos estabelecer os pontos comuns a ambas as teorias, e, ao depois, estabelecer os seus pontos conflitantes.

Coube à teoria final da ação a reestruturação dos conceitos de dolo e de culpabilidade. Com essa reestruturação, separou-se do dolo a consciência da ilicitude. O dolo, que é a finalidade tipificada na feliz expressão de ZAFFARONI, passou a integrar a tipicidade, enquanto a consciência da ilicitude passou a integrar a culpabilidade, como pressuposto básico do juízo de censura ou de reprovação.

Esta concepção permite extrair-se algumas conseqüências jurídicas, com efeitos práticos muito importantes. Assim é que, no erro de tipo, o erro vicia o elemento intelectual do dolo, impedindo que o dolo abarque os elementos essenciais do tipo. Excluído o dolo, possível se torna a punição a título de culpa, pois, quase sempre, o erro decorre de uma falta de observância do dever de cuidado, ou da atenção devida, por parte do agente, desde que esteja prevista a forma culposa. A condenação a título de culpa, em havendo previsão legal, deve-se ao fato de estar o dolo no tipo e não na culpabilidade. Esta não pode ser atingida, permanecendo,

portanto, perfeitamente intacta, o que torna possível o juízo de reprovabilidade.

Diversa se apresenta a situação quando o erro incide sobre a ilicitude do fato. O erro de proibição elimina a consciência da ilicitude, que está colocada na culpabilidade. Conseqüentemente, se inevitável o erro, reste excluída a culpabilidade. E, como vimos, por não se conceber no direito penal moderno a existência de crime sem culpabilidade, o erro impede a condenação, quer a título de dolo, quer a título de culpa. Não obstante, se evitável o erro, a pena deverá ser atenuada de um sexto a um terço, mas será sempre impossível a absolvição.

Podemos, pois, estabelecer que tanto a teoria extremada, como a limitada, estabelecem como pontos comuns: a) o dolo está na tipicidade e a consciência da ilicitude está na culpabilidade; b) o erro de tipo exclui o dolo, admitindo ambas, contudo, em tal hipótese, o crime culposos; c) o erro de proibição constitui causa de exclusão de culpabilidade quando inevitável, sem possibilidade de punição a título de culpa.

Vejamos, agora, as divergências entre ambas as teorias, que se ligam ao erro que recai sobre uma causa de justificação. Para a teoria extremada, todo e qualquer erro que recaia sobre uma justificativa, é erro de proibição, restando excluída, portanto, a possibilidade de condenação a título de culpa ou de excesso culposos. É que o erro de proibição, se inevitável exclui a culpabilidade e inviabiliza uma condenação a título de culpa, porque resulta inimaginável a existência de um fato, a um só tempo, doloso e culposos. A punição será a título de dolo, com pena atenuada.

A teoria limitada da culpabilidade, em sede de causas de justificação estabelece duas espécies de erro: a) na hipótese de erro sobre os pressupostos fáticos de uma justificativa, há erro de tipo permissivos, que gera os mesmos efeitos do erro de tipo, ou seja, há exclusão do dolo, mas possibilita a punição a título de culpa, quando houver previsão legal; b) na hipótese de erro sobre a existência ou sobre os limites de uma justificativa, configura-se o erro de proibição, e conseqüentemente, há exclusão da culpabilidade, se inevitável ou a atenuação da pena, se evitável.

Conquanto esse posicionamento, que foi adotado pelo nosso Código em face da reforma de 1984, não esteja isento de críticas, porque, como lembra ZAFFARONI, "el tipo permissivo es hueco. Por sí solo no tiene "vida" en la tipicidad", é dentro do critério ministrado pela lei que devemos buscar as soluções.

O nosso Código, no parágrafo único do artigo 21, procurou dar uma solução acerca da tormentosa questão da evitabilidade e inevitabilidade do erro. Na doutrina, lembra ZAFFARONI, a distinção

ainda permanece na penumbra. Nem mesmo a invocação das regras e princípios de ética social servem de bússola para o julgador. STRATENWERTH, como critério, estabelece que há erro evitável ou vencível, quando o agente atua na dúvida acerca da antijuridicidade. O Código amplia ainda mais o conceito ao estabelecer que "considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência". Cuida-se, portanto, de uma causa de diminuição de culpabilidade, cuja aferição fica entregue ao prudente arbítrio judicial no sentido de estabelecer o esforço que o agente deve realizar para compreender a antijuridicidade, observando o grau cultural do agente e as regras de valoração social.

6. Derradeiramente, vamos examinar a culpabilidade como critério determinante da pena, uma vez estabelecido ter sido adotada a teoria da culpabilidade do fato. Dentro desse critério, entram como objeto de verificação, a idade, o grau de instrução e de educação, bem assim a vida pregressa do autor, que servirão de orientação que permitirá concluir se o agente dispõe de uma maior ou de uma menor determinação. Conquanto se possa afirmar que tais caracteres ingressam no âmbito da personalidade e que a este se refere expressamente o artigo 59, do novo Código, é de se considerar que esses aspectos irão determinar o grau de reprovação a incidir sobre a conduta do agente.

Lembra ZAFFARONI que "no reacciona igual el colérico que el flemático, el normalmente atolondrado que el generalmente analítico. La edad nos indicará el grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien el grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad o, también el grado de decadencia mental y física del sujeto, todo lo que, de alguna manera, hará fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida".

Também os motivos e metas do agente, a atitude interna que o delito reflete, o grau de contrariedade ao dever, constituem circunstâncias que, ingressando como componente subjetivo da vontade, irão determinar uma agravação ou uma atenuação da reprovabilidade que cerca a conduta. Assim, de se considerar os **estímulos externos** (situação de penúria, de desemprego que não permite ao agente ganhar o seu próprio sustento e, ou de sua família, a paixão política, a coação a que podia resistir, etc.), e também os **motivos internos** (ódio, amor, ânimo de lucro, emoção, etc.). Em qualquer desses grupos, o mais importante é de se determinar o grau de força do motivo e constatar o seu valor ético. Como lembra JESCHECK, "existe uma diferença importante para o conteúdo da culpabilidade do delito entre a conduta do médico que ministra ao moribundo uma dose

excessiva de morfina para livrá-lo de suas dores e a do herdeiro hipócrita que faz o mesmo para impedir que o enfermo modifique o seu testamento antes de morrer”.

Seria, ainda, de se mencionar, como critério aferidor do grau de culpabilidade, os vínculos que se estabeleceram entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do delito, e se possa ou não, exigir daquele uma conduta conforme o direito; as razões de gratidão e de confiança, que também possam reclamar em graus maior ou menor, a conduta devida. Como diz ENGISCH, não é possível determinar-se uma pena sem recorrer-se a critérios morais.

Também deverão ser considerados, na individualização da pena, a persistência do agente no campo da criminalidade, a criminalidade habitual, a premeditação que revela uma cuidadosa preparação do delito, a brutalidade na produção de lesões pessoais, a desnecessária violência que o agente faz incidir sobre a coisa que se antepõe à subtração.

Evidente que se a circunstância se constituir em elementar do tipo ou encontrar-se estabelecida como causa especial de aumento ou de diminuição da pena, ou, ainda, formar no elenco de circunstâncias agravantes ou atenuantes o grau de culpabilidade, quanto a esse critério, já foi objeto de valoração, devendo-se afastar o *bis in idem*.

O novo Código Penal, portanto, amplia o *arbitrium iudicis*, possibilitando ao juiz, pelo contingente de penas alternativas colocadas à sua disposição, pela aferição do grau de culpabilidade, a aplicação de uma pena em sentido realmente ressocializador, que o Código de 1940 procurou adotar, mas que, preso às concepções da época, não logrou atingir.

Mas, o atingimento de todos os fins buscados pela nova legislação também está na dependência de uma efetiva contribuição da sociedade. Como bem assinala EDUARDO CORREIA, “a ressocialização é, por sua vez, tonificada por uma assistência de trabalhadores sociais”... “descentralizada e desligada dos Serviços Prisionais, com uma orientação tanto quanto possível controlada jurisdicionalmente”. Uma “reforma penal, diz RADBRUCH, não significa melhorar o Direito Penal, mas sim fazer um Direito Penal melhor”.

E fazer um Direito Penal melhor constitui para todos nós, um grande desafio.

## TEMAS DE PROCESSO CIVIL

### I – DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E DESPACHOS DE MERO EXPEDIENTE

Francisco Fernandes de Araújo

Os embargos declaratórios estão previstos nos arts. 463, II, 464 e 465, do CPC, para a primeira, e nos arts. 535 a 538, para a segunda instância.

No Supremo Tribunal Federal eles estão estabelecidos nos arts. 314 a 318, do Regimento Interno.

Essa medida também está prevista nos arts. 382, 619 e 620, do Código de Processo Penal, e na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) consta apenas para as decisões do TST (art. 702, II, "e", e § 2º, "d"), mas, por evidente, há falha na legislação, conforme observa Amauri Mascaro Nascimento, in "Curso de Direito Processual do Trabalho", edição Saraiva, 1978, págs. 252/253, que aduz ter a doutrina se encarregado de fazer essa extensão às sentenças, por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

No CPC anterior, os embargos declaratórios tinham suporte no art. 285, não explicitamente, para a primeira instância, e no art. 863 e 55, para os tribunais.

Na verdade, já existia previsão para embargos declaratórios nas Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 69, § 4º nas Ordenações Manuelinas, Livro III, Título 50, § 5º; e nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título 66, § 6º.

Discute-se se os embargos declaratórios constituem recurso ou têm outra natureza.

De Plácido e Silva, em sua conhecida obra "Vocabulário Jurídico", 3ª edição, vol II, edição Forense, pág. 583, manifesta-se no sentido de que não se trata de recurso, in verbis: "Embargos de declaração ou embargos declaratórios, dizem-se aqueles que se interpõem ou se aduzem contra sentença, para que se esclareçam obscuridades, ambigüidades, contradições ou omissões apontadas. A impugnação, pois,

possui um ponto certo e estrito: aquele em que a sentença é omissa, obscura, ambígua ou contraditória. E traz o objetivo de ser convenientemente esclarecido o ponto indicado, para que possa ser claramente cumprida. **A rigor, pois, os embargos de declaração não se podem dizer, tecnicamente, um recurso. Neles, em verdade, não se intenta uma modificação, anulação ou referência à sentença embargada, mas mero esclarecimento, que vem deslindar dúvidas ou desmanchar equívocos** (g.n.).

No entanto, o atual CPC considera os embargos declaratórios como recurso, tanto que os inclui no respectivo "Título X – Dos Recursos" (art. 496, IV).

Muitos são os autores pesquisados, que dão a natureza de recurso aos embargos declaratórios: Seabra Fagundes, Frederico Marques, Jorge Americano, Pontes de Miranda, Carvalho Santos, Ivan Campos de Souza, Fernando da Costa Tourinho Filho, etc.

Para outros autores, os embargos declaratórios constituem simples "pedido de esclarecimentos" (Odilon de Andrade); trata-se de um "processo sui generis de hermenêutica e lógica judiciária" (Afonso Braga); ou dizem respeito a um "procedimento incidente de interpretação autêntica" (Machado Guimarães).

Não obstante a predominância dos autores seja no sentido de que se trata de um recurso, na verdade os embargos declaratórios se limitam e se destinam à inteligência da decisão e buscam interpretação judicial autêntica, sempre sem a pretensão de modificar ou anular o que ficou estabelecido pelo Juiz, e é como tal que esse "recurso" deve ser analisado.

A pergunta que se faz, é se os embargos declaratórios podem, ou não, ser interpostos (ou opostos) contra decisão interlocutória ou contra despacho de mero expediente?

A questão interessa, na prática forense, mas há previsão no CPC, no sentido de que os embargos declaratórios cabem em caso de sentença ou de acórdão, e, a contrário senso, não caberiam contra decisões interlocutórias (arts. 463, II, 464, 465, 535 a 538), e também diz o art. 504, que "Dos despachos de mero expediente não cabe recurso".

Para aqueles que entendem não serem os embargos declaratórios um recurso, em seu sentido técnico, não há qualquer óbice legal, para o seu livre exercício inclusive nas decisões interlocutórias e nos despachos de mero expediente. Todavia, não se pode assim concluir, validamente, em relação aos que incluem os embargos declaratórios como recurso propriamente dito, sem tecer algumas considerações a respeito.

Decisão (ou despacho) interlocutória é aquela que pode causar gravame à parte, não terminativa ou definitiva para o processo, pois nestes casos haveria sentença (art. 162, § 1º, CPC). “É o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente” (§ 2º), e que enseja interposição de agravo (de instrumento ou retido), conforme o art. 522 e § 1º, do CPC.

E são despachos de mero expediente “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma” (§ 3º).

O sempre repetido Pontes de Miranda ensina, in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo VII, 1ª edição, 1975, Forense, págs. 400/401, que “Qualquer decisão judicial, seja interlocutória ou sentença, é suscetível de embargos declaratórios”. E mais adiante, consigna que “há omissão nos arts. 463, II e 464, pois apenas se referem à sentença, como se não pudesse haver recurso de embargos de declaração contra decisões interlocutórias e nos próprios despachos de expediente, como se foi contraditória ou obscura ou omissa. Por outro lado, há decisões irrecorríveis e não afastam a oposição de embargos de declaração, dada a excepcionalidade de tal recurso” (g.n.).

Sobre as “decisões irrecorríveis” referidas pelo autor, lembramos o art. 308, do Regimento Interno do STF, só para exemplificar, que estabelece diversas situações nas quais não é permitido o recurso extraordinário, mas nem por isso fica o interessado impedido de interpor (ou opor) embargos declaratórios contra a última decisão, necessários muitas vezes, inclusive para viabilizar a execução do decisório. Aliás, também nessas condições verifica-se que, realmente os embargos declaratórios não têm natureza recursal no sentido técnico, limitando-se a buscar esclarecimento sobre uma decisão já existente, mesmo na impossibilidade de ser interposto qualquer outro recurso.

A propósito, o art. 34, da Lei nº 6.830/80 (Execução Fiscal), ao dispor que “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional — ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração” (g.n.), consagrou expressamente esse entendimento, pois embora não seja possível recurso para a instância superior, na espécie, por causa do “valor de alçada”, ficou consignado que, não obstante isso, são admitidos os embargos de declaração.

Na jurisprudência existem algumas decisões no sentido afirmativo quanto ao cabimento de embargos declaratórios também contra decisões interlocutórias, conforme segue:

“...não obstante a letra dos arts. 464 e 465 do CPC, **interpretação mais liberal conduz à abrangência das decisões interlocutórias**, porque é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existentes no pronunciamento interlocutório” — AI nº 290.183, julg. em 01-09-81 — Rel. Juiz Nelson Altemani (RT 561/137) g.n.);

“...Cumpro, inicialmente, deixar esclarecido que não são tão-somente as sentenças de mérito as passíveis de declaração, não se podendo tirar tal ilação do artigo 463 conjugado com o seu parágrafo único, como o fez o Magistrado. Consoante adverte J. C. BARBOSA MOREIRA, dado o fim a que visam, **qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração**, porque é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existentes no pronunciamento. Não tem a relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de conhecimento (comum ou especial), de execução ou cautelar, que seja definitiva ou não, **final ou interlocutória**. Ainda quando o texto legal, **expressis verbis**, a qualifique de “irrecorrível” — diz mais o ilustre juriconsulto — **há de entender-se que o faz com a ressalva implícita concernente aos embargos de declaração**” (v. “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. V. págs. 203 e 420). Pois, consoante Pontes de Miranda, “sentenças irrecorríveis são as de que não se pode recorrer, **exceto por embargos declaratórios**” (“Comentários ao Código de Processo Civil,” Tomo XII, pág. 131) JTACSP 66/178) g.n.).

Uma outra decisão pesquisada concluiu contrariamente a esse entendimento, mas nota-se, francamente, pela sua fundamentação, que o ilustre Relator tem convencimento diverso da sua conclusão no v. acórdão, quando afirma que a aceitação dos embargos declaratórios para decisões interlocutórias “são medidas de bom-senso” e que atendem “ao princípio até mesmo da economia e celeridade do processo”.

Com efeito, eis a ementa desse v. acórdão:

“Recurso embargos de declaração — Interposição contra decisão interlocutória — Inadmissibilidade — art. 464, I, do CPC — Decisão mantida” — AI 321.116, 6ª Câmara — Rel. Juiz Jorge Almeida — julg. 13-03-84 — VU” (JTACSP 87/58).

Mas, na fundamentação consta o seguinte:

“A v. decisão agravada se apoiou no art. 464, I, CPC, que limita o pedido de declaração às “sentenças”. **Bons argumentos se poderiam alinhar em abono dos embargos declaratórios a qualquer espécie de decisão. Desde que há um julgamento há sempre interesse em escoimá-lo da dúvida. A clareza da conclusão é sempre primordial nas**

manifestações de tutela jurisdicional. Seria um contra-senso admitir-se que umas, não outras decisões pudessem ser esclarecidas. Ainda se poderia considerar que os embargos declaratórios consultam ao princípio da economia e celeridade do processo. Seu julgamento responderia, assim, ao interesse de ambas as partes, porque antes de esclarecida a decisão não se poderia considerar certa e definitiva. Mas, a rigor, os embargos não são tecnicamente um recurso, pois não visam a modificar um julgado. Ainda, restrito à hipótese de sentença se explicaria seu sentido de desbravar futura execução, a que conduz a sentença, não a decisão. De qualquer forma, no art. 464 expressou o legislador uma opção, à qual se fez fiel o julgado recorrido" (g.n.).

Ora, se o ilustre Juiz (hoje emérito Desembargador) admite que não se trata própria e tecnicamente de um recurso, "a fortiori", entendemos, "data maxima venia", que fica reforçado o argumento no sentido de que aceitar os embargos declaratórios também em decisões interlocutórias e mesmo em despacho de mero expediente, sequer fere ou afronta a norma legal prevista (art. 464, CPC), daí a razoabilidade de seu acolhimento nos outros casos indicados, que não sentenças ou acórdãos.

Estamos convencidos de que a melhor interpretação está no sentido esposado pelo saudoso Pontes de Miranda e seus prosélitos, e na prática não temos a menor dúvida em aceitar embargos declaratórios também para as decisões interlocutórias e até para despachos de mero expediente, e isto tem ocorrido com alguma freqüência, não só para razões de ordem prática, de bom-senso, de celeridade e economia processual, mas, ainda porque não sendo realmente os embargos declaratórios um recurso em seu sentido técnico, isso permite que o Juiz não se atenha rigorosamente à letra da lei, não ficando jungido à interpretação meramente gramatical, literal, e, sintática da norma, mas passando para uma interpretação mais liberal, e, principalmente, atenta à finalidade do processo (interpretação teleológica), por meio de seus diversos elementos (*ratio legis*, sistemático, histórico, etc.).

Vejamos por exemplo, na prática, como convém exercitar embargos declaratórios também contra decisões interlocutórias e mesmo despachos de mero expediente:

Quando o Juiz dá por saneado o processo, deferindo, genericamente, as provas que foram requeridas, dentre as quais se encontra a pericial, mas não nomeia, desde logo, o jurisperito, nem dá oportunidade das partes indicarem os seus assistentes técnicos e formularem quesitos, designando audiência de instrução e julgamento.

Acontece que a prova pericial, em regra, deve ser realizada antes da testemunhal (art. 433 c/c art. 452, I, CPC).

Essa omissão do Juiz causa dúvida às partes, no sentido de saber se também deferiu ou não a prova pericial. E se a deferiu, por que a postergou para outra oportunidade?

A situação enseja, a nosso ver, interposição (ou oposição) de embargos declaratórios, pois esclarecendo o Juiz que deferiu ou indeferiu a prova pericial, tal decisão será então agravável (RP 2/239, em 153; RP 6/325, em. 172). E se o Juiz esclarecer que deferiu a prova pericial mas postergou-a para outra oportunidade, quando a parte a entende devida e necessária, desde logo, por causa da natureza da ação, por exemplo, o ato então poderá ser atacado por meio de correição parcial, por constituir inversão tumultuária dos atos e fórmulas de ordem legal do processo (art. 93, do DL Complementar nº 3, de 27-08-69 – Código Judiciário do Estado de São Paulo).

Além do mais, é possível que, com a declaração dos embargos, nenhum outro recurso seja exercitado, porque a parte se deu por satisfeita com os esclarecimentos prestados pelo Juiz, e, assim, estará atendido o princípio da celeridade processual, tão almejado por todos quantos militam com seriedade nos meios forenses.

Um outro exemplo é quando o Juiz profere despacho saneador e não aprecia nem decide, desde logo, preliminar que não pode nem deve ser deixada para o final, como se se alega que a petição inicial é inepta, pois a peça vestibular ou sofre desse vício e precisa ser corrigida, sob pena de se extinguir o próprio processo por falta de seu desenvolvimento válido (art. 267, IV, e art. 295, I, CPC), ou o Juiz entende que estão preenchidos os requisitos legais (art. 282), decidindo a respeito, e ensejando que a parte recorra como for de direito.

É certo que a decisão que dá por saneado o processo, como um todo, enseja agravo (de instrumento ou retido), mas ocorre que já se decidiu que “não cabe recurso do despacho que se limita, no saneamento do processo, a remeter a questão para decisão final” (RTJ 107/913). Isso porque o despacho, nessa parte, seria de mero expediente, onde o Juiz nada decidiu, remetendo a questão para o final, embora o saneador, em princípio, seja decisão agravável, de natureza interlocutória, como se sabe.

Mas é evidente que, no exemplo dado, isso não tem o menor cabimento, e o Juiz precisa decidir nessa oportunidade se a petição inicial é ou não inepta, mandando emendá-la no que couber (art. 284, CPC). Se não o fizer cabem embargos declaratórios, antes de mais nada, até mesmo para evitar maior perda de tempo e outros dispêndios com cópias de peças para formação do agravo também cabível na espécie.

E decidindo o Juiz, como deve, se a inicial é ou não inepta, depois da interposição (ou oposição) de embargos declaratórios, aí, sim, a

parte exercitará ou não os outros recursos cabíveis, contando-se o prazo, segundo entendemos, da intimação da decisão dos embargos, e não do despacho saneador, porque o despacho na parte em que foi atacado, no caso, mostra-se predominantemente de natureza que se coaduna como de mero expediente.

É correto que, em linha de princípio, todo ato judiciário preparatório de decisão ou sentença ulteriores é irrecorrível, porque não causa prejuízo à parte, uma vez que o recurso pode ser interposto, posteriormente. Mas não se pode deixar de considerar, que um dos princípios basilares de qualquer processo é desenvolvê-lo sem vícios que desde logo fiquem à mostra e devam ser imediatamente sanados, tal como a hipótese de uma inicial cuja inépcia se alegue.

É claro que dificilmente um Juiz vai deixar para o final preliminar dessa natureza. Mas, devido ao grande volume de serviço existente no Judiciário, como é notório e de todos sabido, ou mesmo porque a preliminar foi mal posta na contestação, misturada no contexto, sem destaque adequado, e, por isso, difícil de ser dectada de pronto, o que realmente acontece, e não com rara freqüência, não fica descartada a hipótese de que venha a ocorrer tal situação, constituindo, portanto, uma omissão, causando obscuridade ou dúvida para as partes, sanável via embargos declaratórios, antes mesmo de outro eventual recurso.

Se o Juiz não põe termo ao processo (art. 162, § 1º, CPC), ou resolve questão incidente (§ 2º), então tratar-se-á de despacho de mero expediente (§ 3º), não recorrível (art. 504), **salvo, é claro, como esclarece Pontes de Miranda** (obra citada), **os embargos declaratórios**.

Também já se decidiu que não cabe recurso do despacho que fixa honorários de perito, porque a questão pode ser revista depois na sentença. Neste sentido, RT 460/209, 546/155; RJTJESP 71/220, 73/222, 79/201, 79/203; JTA 36/395, 42/187, 51/115, 61/46, 66/144, etc.

E se não cabe recurso é porque foi entendido que se trata de mero despacho de expediente (art. 504, CPC).

Digamos, contudo, que o Juiz fixou salários de perito, por engano ou não, em montante considerado exagerado pela parte, para a espécie, estabelecendo que representam tantos cruzados, e com a equivalência a um certo número de Obrigações do Tesouro Nacional, mas que essa equivalência não está correta, ensejando dúvidas se a parte deve atender ao valor em cruzados ou em OTN. Nessas condições, só mesmo requerendo ao Juiz que esclareça o despacho, e naturalmente por meio de embargos declaratórios, ainda que às vezes o pedido possa estar rotulado de "pedido de esclarecimentos, de reconsideração, de reapreciação, etc."

Decididos os embargos, terá o interessado a oportunidade de interpor outros recursos cabíveis, inclusive para salvaguardar os seus interesses para que mais tarde não se alegue que o seu direito precluíra, na modalidade temporal ou mesmo lógica, já que praticara ato incompatível com a vontade de recorrer, ao depositar a importância sem protesto, ou não agravara tempestivamente...

Os exemplos ensejadores de interposição (ou oposição) de embargos declaratórios poderiam aqui ser multiplicados, mas aqueles já declinados bastam para o entendimento de matéria e a finalidade sustentada.

Considerando, entretanto, que existe controvérsia sobre o cabimento ou não da medida contra decisões interlocutórias e despachos de mero expediente, o advogado deve ser prudente ao interpor os embargos, para não ser surpreendido com o seu não recebimento ou provimento, e, dessa forma, poderá perder o prazo para interpor outros recursos cabíveis, que estará fluindo normalmente, a exemplo do que ocorre com o simples "pedido de reconsideração" (RT 475/129, 477/122, 477/201, 481/102, 595/201; RJTJESP 47/300; JTA 32/246, 33/166, etc.).

É evidente que cabe "pedido de reconsideração" em sentença, porque o Juiz não pode reformar sentença apelável (art. 521, CPC — RT 511/221).

Mas no caso de decisão interlocutória, **"se a parte recorre e, alternativamente, pode reconsideração, o recurso não fica prejudicado"** (STF — RTJ 81/169; RT 500/246, 493/95) g. n.).

Por isso, deverá o advogado pedir que o recurso cabível (agravo, correição) seja desde logo aceito como tal, se os embargos não merecerem consideração.

É certo que o Juiz não poderá negar o seguimento do agravo de instrumento, ainda que interposto fora do prazo legal (art. 528, CPC), sob pena de caber correição parcial (RT 471/205, 596/164), ou mesmo Mandado de Segurança (RT 503/236; RJTJESP 96/371), e também não poderá negar seguimento à correição parcial, ainda que interposta igualmente fora de prazo (RJTJESP 92/343), mas é evidente que o tribunal também poderá depois sequer conhecer do recurso, por intempestivo. Releva observar que o prazo para os recursos de agravo e de correição é bastante curto.

Consigne-se que advogar é uma verdadeira arte; é necessário saber praticar atos processuais sempre **com utilidade e efeito**, e, se possível,

com economia, de tempo e de dinheiro, de modo que o profissional cumpra um de seus basilares e primeiros deveres, "pugnando pela boa aplicação das leis e rápida administração da Justiça, e contribuindo para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas" (art. 87, I, da Lei nº 4.215/63 — Estatuto do Advogado).

Assim, o melhor é recorrer ao Juiz, na mesma petição que, se não for acolhido o pedido de esclarecimentos como embargos declaratórios, então receba, desde logo, o outro recurso cabível, apresentando, ainda que resumidamente, os seus fundamentos de fato e de direito. E o advogado ainda poderá alternar o seu pedido, no sentido de que, se o Juiz decidir "A", acolha o recurso como "X", e se decidir "B", o receba como "Z", e assim por diante.

Dessa forma, no primeiro exemplo apontado, se o Juiz disser que indeferira prova pericial no despacho saneador (A), o recurso que se pede para acolher é o de agravo, de instrumento ou retido (X); se, no entanto, o Juiz esclarecer que deferiu a prova pericial mas achou por bem postergá-la para outra oportunidade (B), então o pedido deve ser para que acolha o recurso como correição parcial (Z).

Essa cautela evita que se perca o prazo para qualquer recurso cabível, seja qual for a decisão do Juiz sobre os embargos declaratórios.

Se os embargos forem interpostos contra sentença ou acórdão, não haverá problema, pois nesse caso há previsão legal para a suspensão do prazo para outros recursos (arts. 465 e parágrafo único, e 538 do CPC). E se forem interpostos contra despacho de mero expediente, o mesmo estatuto prevê que não cabe recurso no caso (art. 504), afigurando-se, então, que **um outro recurso só terá o seu prazo contado a partir dos esclarecimentos que forem dados pelo Juiz aos embargos declaratórios.**

A propósito, "se existe simples despacho que apenas impulsiona o processo e não resolve questão alguma, à parte cabe provocar a discussão, impugnando o ato processual de simples expediente. Da intimação da decisão que se proferir então, neste ou naquele sentido, é que começará a correr o prazo para o recurso eventualmente cabível" (RT 479/158).

Entretanto, é preciso muita cautela, conforme mencionado, quando se tratar de despacho que, pela sua natureza, for considerado de mero expediente, mas que esteja no contexto de um outro despacho mais abrangente que, em seu conjunto tenha natureza interlocutória, como é o caso do despacho saneador, agradável, como um todo, e o Juiz deixa para

decisão final alguma preliminar ou matéria que deva ser decidida desde logo, como o exemplo dado, de inépcia da inicial. Nas circunstâncias, convém fazer o pedido alternativo já indicado, pois a prudência deve ser o apanágio de todos quantos militam nas lides forenses, e constitui virtude que, de resto, deve ser aplicada na vida prática de cada um.

## II – DO VALOR DA CAUSA NAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

De conformidade com o art. 282, V, do CPC, o valor da causa é requisito essencial da petição inicial. Já o era ao tempo do CPC anterior (art. 49).

A questão interessa, mormente para a fixação do pagamento inicial das custas processuais, honorários advocatícios e alçada recursal.

No elenco do art. 259 e incisos, do CPC, não previu o legislador qualquer critério legal para a fixação do valor da causa em ações possessórias. Poderia e deveria tê-lo feito; não o fez, todavia, e, por isso, é preciso encontrar um denominador, se possível comum, um critério de "razoabilidade", que solucione adequadamente o problema.

Têm havido discrepâncias no tratamento da matéria.

Com efeito, têm entendido alguns, com certa predominância, que nas ações possessórias o valor da causa deverá ser o da **estimativa oficial para lançamento do imposto**, na hipótese de imóveis, isto **por analogia** com o inciso VII, do art. 259, do CPC, que prevê esse critério para as ações de divisão, demarcação e de reivindicação.<sup>1</sup>

Na mesma linha de pensamento, outros ainda reforçam tal posição com o fundamento de que o referido imposto sobre a propriedade predial e territorial tem como fato gerador não só a propriedade propriamente dita, mas também o **domínio útil ou a posse de bem imóvel**, e que a base de cálculo desse imposto é o valor venal do imóvel, sendo que no caso, o contribuinte é proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título (arts. 32 a 34, do CTN).

Assim, com tal raciocínio, estaria certa a fixação do valor da causa daquela forma, **pois a lei tributária não distingue entre posse e propriedade**, e o contribuinte tanto pode ser o possuidor a qualquer título como o proprietário.<sup>2</sup>

Corrente mais moderada, no entanto, entende que "na ação possessória o valor da causa não deve ser nem tão modesto que estimule o demandista de má-fé, seguro de que, se não der certo a "encenação" de possuidor, será mínima a consequência econômica, nem tão pesado que

arruíne economicamente a parte perdedora, nem sempre agindo com dolo ou culpa". Assim, "a melhor solução está no meio termo, obrigando o autor a alguma reflexão antes de propor a ação possessória e assegurando uma sucumbência que realmente compense as despesas feitas pela parte vencedora, que se presume ter razão".<sup>3</sup>

Com base nesse entendimento, há decisões fixando o valor da causa na **metade** da estimativa oficial para lançamento do referido imposto, por inteligência dos arts. 485, do CC, c/c art. 259, VII, do CPC, também sob o fundamento de que a posse constitui apenas um dos elementos inerentes ao domínio ou propriedade, e, por isso, deve ser inferior ao valor que corresponderia à reivindicatória.<sup>4</sup>

Linha de pensamento ainda mais moderado tem decidido que o valor da causa nas ações possessórias deve corresponder à estimativa oficial para lançamento do imposto, **mas reduzido a 1/3 (um terço)**. O fundamento é o mesmo da corrente anterior, no sentido de que a posse não compreende todos os poderes inerentes à propriedade.<sup>5</sup>

Por outro lado, também existem decisões no sentido de que o valor da causa, na espécie, **deverá ser o do proveito econômico perseguido pelo autor**.<sup>6</sup>

Quando o litígio tiver por objeto a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico, mesmo com pedido de perdas e danos (art. 921, I, CPC), **pouco importa que a ação envolva questão possessória** pois no caso existe o critério legal do art. 259, V, a ser observado.<sup>7</sup>

Realmente, o fato gerador do imposto predial e territorial, urbano ou rural, além da propriedade é também o domínio útil ou a posse do bem imóvel. Trata-se de um critério prático e abrangente encontrado pelo legislador para fins de tributação periódica e específica de tais bens.

Verifica-se, no entanto, que a **base de cálculo** desse tributo é o **valor venal ou fundiário** (arts. 29 a 33, CTN), ou seja, é o valor estimulado para a venda do imóvel, ainda que não raras vezes seja inferior ao preço real de mercado, pois depende este da oscilante "lei" da oferta e da procura.

Ora, esse valor de venda (venal ou fundiário) está em consonância com o critério legal existente para as ações reivindicatórias (art. 259, VII), porque, em princípio, quem reivindica alguma coisa não pode deixar de considerar o seu valor intrínseco e extrínseco, o seu valor integral como um todo. Assim, sob esse enfoque, é compreensível e aceitável que o valor venal ou fundiário esteja correto para servir de base ao valor da causa nas ações reivindicatórias.

Entretanto, porque a posse não compreende o expressivo poder de dispor da coisa, não se afigura razoável o uso do mesmo critério da reivindicatória. E não havendo critério legal específico para solucionar a questão, como efetivamente não há, justifica-se lançar mão da analogia, conforme, aliás, o permitem os arts. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), e 126 do CPC.

É preciso ressaltar, contudo, que a aplicação da analogia deverá obedecer sempre o critério da maior "razoabilidade" possível, buscando-se a melhor adequação da norma que sirva de confronto, de sorte que se perceba com certa naturalidade a sua identidade com a questão que se procura resolver, e, no caso, não se afigura como a melhor a do art. 259, VII, do CPC, prevista para as ações reivindicatórias, muito embora o legislador tenha aí incluído as divisórias e as demarcatórias.

Com efeito, prevê o art. 485, do Código Civil: "possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".

Adotou-se a teoria objetiva de Ihering em contraposição à subjetiva de Savigny, conforme lição sempre atual de Washington de Barros Monteiro.<sup>8</sup>

Assim, não tem o mero possuidor todos os poderes inerentes ao domínio ou propriedade, mas apenas algum ou alguns deles.

A posse, por outro lado, via de regra envolve o usufruto da respectiva coisa ou bem; usufruto, de acordo com o art. 713, do CC, "constitui o direito real de fruir a utilidade e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade". Em outras palavras, o usufrutuário tem o "jus utendi" e o "jus fruendi", tem direito à posse, ao uso, administração e percepção dos frutos (art. 718, CC). **MAS NÃO TEM O DIREITO DE DISPONIBILIDADE DA COISA**, que é um poder de maior expressão, da maior valia, e que somente o proprietário tem. Só o proprietário tem todos os poderes inerentes a um determinado bem de vida e, portanto, a adoção do valor venal para fixar o valor da causa só teria real sentido se envolvesse e compreendesse a integralidade da coisa ou bem, como efetivamente ocorre nas ações reivindicatórias.

Ora, não tendo o mero possuidor o referido poder de disposição, não se pode nem se deve equiparar, por analogia, o que substancialmente é diferente.

Por isso, afigura-se correto o entendimento daqueles que optam por atribuir às causas possessórias um valor inferior ao das reivindicatórias, à falta de critério legal para a espécie.

Além disso, a semelhança, para aplicação da analogia, há de ser buscada em figura jurídica adequada, e cuja natureza melhor se identifique com a situação fática da questão a resolver.

Portanto, relevante concluir que o valor da causa de natureza possessória deve ser inferior ao da reivindicatória, e no que concerne à intensidade ou grau dessa minimização existe amparo bastante razoável e de bom entendimento, na comparação com o usufruto, que, na verdade, resulta da posse, e por sua natureza pode ser destacado da propriedade.

Nesse diapasão, e a propósito, está a Lei nº 9.591, de 30-12-66, do Estado de São Paulo, e que trata do "imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos" (art. 35 e segs. do CTN). Assim, prevê o seu art. 18, que "Na apuração do valor dos direitos adiante especificados, serão observadas as seguintes normas: I — o valor dos direitos reais de usufruto, uso e habitação, será de 1/3 (um terço) do valor da propriedade; II — o valor da nua-propriedade, será de 2/3 (dois terços) do valor do imóvel."

Esse é o critério igualmente adotado pela Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, para estabelecer o valor básico ao cálculo de custas e emolumentos devidos por acasão do registro do usufruto, in verbis: "à míngua de norma expressa no Dec.-Lei nº 203/70, que dispõe sobre o regimento de custas ...e emolumentos, mister se aplique a analogia, servindo para tal fim a Lei nº 9.591, de 30-12-66, que trata do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos. Essa legislação contém disposição expressa sobre o valor do direito real de usufruto, em seu art. 18, I, que é de 1/3 do valor da propriedade. A norma em exame consagra uma regra de equidade e de justiça, pois nada mais lógico do que considerar apenas o usufruto. Isoladamente, destacado da nua-propriedade, como entidade autônoma, valendo bem menos do que o todo. O critério do legislador para o cálculo do imposto de transmissões de bens pode ser adotado, como vem sendo, para se estabelecer o valor básico de cálculo de custas e emolumentos devidos por ocasião do registro de usufruto" (grifei).<sup>9</sup>

Dentro desse raciocínio estão aqueles que entendem atribuir às causas possessórias o valor da estimativa oficial para lançamento do imposto, mas reduzido a 1/3 (um terço), o que, na verdade, também se coaduna com o pensamento daqueles outros que adotam o critério do "proveito econômico perseguido pelo autor", pois, em princípio, em matéria de posse, o proveito econômico é o que diretamente advém do usufruto.

Aliás, este último critério (proveito econômico) encontra-se embutido no inciso II, do art. 259, do CPC, que é exatamente igual ao art. 44, do CPC anterior, no sentido de que "havendo cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles" deve ser o valor da causa. Na realidade, o CPC anterior ainda abrigava esse mesmo critério em outro dispositivo, que previa: "se o objeto da ação for benefício patrimonial, o valor da causa será a quantia em dinheiro equivalente a esse benefício" (art. 43).

A adoção do critério do valor venal ou fundiário (estimativa oficial para lançamento do imposto) para a fixação do valor da causa em ações possessórias, sem quaisquer temperamentos, pode conduzir ao exagero e mesmo à injustiça.

Tal critério tem como maior beneficiário o Estado, cujas elevadas custas vão para seus cofres, o que pode ser considerado injusto, pois a comparar pelo Estado de São Paulo, ele mesmo reconhece, pela referida Lei nº 9.591, de 30-12-66, que a nua-propriedade de um imóvel corresponde a dois terços (2/3) de seu valor total, enquanto o usufruto equivale somente a um terço (1/3).

**Ocorre que, se de um lado o usufruto compreende somente um terço (1/3) da totalidade do valor do imóvel, porque não representa todos os poderes inerentes à propriedade, assim também, de outra parte, acontece a mesma coisa em relação à posse, que, por sua vez, igualmente não abrange nem representa todos aqueles poderes relativos ao domínio. As duas figuras jurídicas (usufruto e posse) devem, pois, em consonância com a precipitada Lei nº 9.591/66, ser equiparadas por analogia, equidade e justiça, para os fins propostos. E não deve impressionar o fato de se tratar de norma estadual, em face da competência exclusiva para a cobrança de custas processuais a esse nível, pois valem os princípios e fundamentos gerais aqui expedidos, para todos, independentemente da particularidade territorial.**

Quando não for possível obter o valor da estimativa oficial para lançamento do imposto sobre o imóvel, ou quando se tratar de ação possessória mobiliária (móveis e semoventes), a solução deverá ser encontrada com base no respectivo valor comercial ou de mercado, **REDUZIDO SEMPRE A UM TERÇO (1/3)**, valendo-se o Juiz, se necessário, do auxílio de um perito, conforme o permite o art. 261, do CPC. É o que se me afigura mais correto, enquanto não houver critério legal para a espécie.

## ANEXO

Pesquisa anotada e que deverá ser inserida ao final da matéria, sempre de acordo com a respectiva numeração.

(1) RT 479/95, 518/118, 521/122, 554/150, 565/220, 566/152; RF 269/211; Julgados 40/194, 64/129, 80/146; Boletim AASP 1.043/238.

(2) JTACSP – RT – 88/26.

(3) RT 576/149; JTACS – RT – 83/64.

(4) RT 600/133.

(5) Guido Arzúa, in "A Posse, o Direito e o Processo", 2ª edição, pág. 147; RT 562/171, 590/147; JTACSP 77/242, JTACSP-RT-89/172.

(6) RT 494/200, 553/210, 571/86; RJTJSP 64/205.

(7) RT 500/94.

(8) "Curso de Direito Civil", 21ª edição, Saraiva, 3º volume, pág. 19.

(9) "Decisões Administrativas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo 1981/1982", Editora Rev. dos Tribunais, pág. 51.

## O ENSINO E A FORMAÇÃO DO ADVOGADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Prof. Maurício Batista Berni\*

O tema proposto é um desafio. Um desafio a todos quantos tentam preocupar-se com um direito interagindo socialmente.

É necessário esclarecer alguns pressupostos e caminhos que seguiremos. Primeiramente, é preciso aclarar que não cremos em dogmas e verdades.

Cremos, muito mais, com Luís Alberto Warat<sup>1</sup>, que "interpretar a lei implica sempre na produção de definições eticamente comprometidas e por isso, persuasivas".

Para ser coerente com esta postura, não se pode pretender falar do lugar da autoridade, do saber ou da verdade.

Trata-se apenas de uma postura, alinhada com tantos quantos tentam, hoje, no direito, questionar esses dogmas e essas verdades.

Estas questões é que fazem refletir sobre o tema proposto. E questioná-lo. Afinal, porque "o ensino e formação do advogado na sociedade contemporânea"?

Implica o tema uma opção ideológica das faculdades de direito e do mundo jurídico em geral.

No senso comum teórico dos juristas<sup>2</sup> surgem equívocos a partir dos quais poderemos demonstrar evidências, que vinculam o exercício da advocacia com a capacitação profissional e suas relações com o mercado de trabalho<sup>3</sup>.

É preciso observar que há uma forte tendência a privilegiar o aspecto "competência" dos cursos jurídicos ("competência" meramente técnica) como elemento essencial e solucionador dos problemas de mercado de trabalho<sup>4</sup>.

---

(\*) Prof. Adjunto no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria — RS. Palestra proferida no Curso de Especialização de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas — SP.

Reclama-se que os profissionais não recebem a devida "capacitação profissional" para enfrentarem as questões forenses.

Não tem sido poucas as reivindicações para que o ensino jurídico seja mais "exigente", como única alternativa para que os profissionais atendam "convenientemente" as necessidades do mercado de trabalho, conduzam-se de acordo com a ética profissional e possam adaptar-se mais facilmente no meio social em que irão atuar.

Discutir a formação do advogado na sociedade contemporânea implica, obrigatoriamente, questionar sobre o tipo de profissional que se deseja.

A indagação não é nova. Nem pretendemos apresentar novidades, senão que levantar alguns pontos para questionamento. Alerta-se, no entanto, que o tema, embora não seja novo, é muito atual.

De qualquer forma, é antiga a discussão política em torno do direito (embora não apresentada claramente no discurso tradicional), e no Brasil, especificamente, podemos situar como fato significativo a criação dos cursos jurídicos a 11 de agosto de 1827.

Antes disso (1825) o projeto do Visconde de Cachoeira, que viria a estabelecer o funcionamento dos cursos jurídicos<sup>5</sup> expressava:

Tendo-se decretado que houvesse, nesta Corte, um Curso Jurídico para nele se ensinarem as doutrinas de jurisprudência em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrução pública, e se formarem homens hábeis para serem um dia sábios Magistrados, e peritos advogados, de que tanto se carece; e outros que possam vir a ser dignos Deputados, e Senadores, e aptos para ocuparem os lugares diplomáticos, e mais empregados do Estado.

A localização dos cursos jurídicos passou por intensos debates, optando-se por São Paulo e Olinda por estarem fora daquelas províncias onde foi mais forte o movimento da independência, conforme indica Luiz Antonio Cunha<sup>6</sup>.

Não é outra a posição de José Eduardo Faria, ao dizer

tornar-se evidente que os interesses de nossa elite forneceram todo o fundamento ideológico dos cursos jurídicos aqui implantados em 1827, os quais tinham um importante papel a desempenhar na estrutura político-administrativa e ideológica do Estado brasileiro.<sup>7</sup> e <sup>8</sup>

Propugnar por um ensino "competente", através do tempo, tem resultado em lamentável equívoco, na medida em que atrelado aos interesses burocráticos do Estado, até para outras funções que não o exercício técnico da advocacia, encobrendo os seus aspectos político-ideológicos, aspectos para os quais o ensino não alerta, formando bacharéis que passam a integrar (inconscientemente ao mais das vêzes) o "instrumental" do Estado, como meros "instrumentos".

Ainda segundo Luis Alberto Warat,

o Direito deve ser uma parte da sociedade, e este mesmo direito deve buscar a reconquista do terreno perdido ou cedido à dogmática, para colocar-se na vanguarda do controle do fato social, dinâmico e determinado. Para tanto, parte-se da constatação de que fomos todos condicionados a crer em categorias a-históricas, em categorias jurídicas desvinculadas da história, das ciências sociais, em categorias conceituais aparentemente puras, apolíticas, não comprometidas, que são, no fundo, o maior veículo para transmitir idéias elitistas, contrárias à grande maioria.<sup>9</sup>

Começa, assim, a surgir a questão do neutralismo da denominada "ciência jurídica" e sua desmistificação.

É de perguntar qual sua interferência na capacitação profissional, na formação do advogado na sociedade contemporânea.

A interrelação parece clara quando examinamos os modelos teóricos prevalentes no discurso do jurista, do professor e do advogado, assim exposto por Joaquim Falcão:

Estas causas, por exemplo, dizem respeito desde a estrutura básica do mercado de trabalho, à função histórica das faculdades de direito, sua posição no contexto mais amplo do ensino universitário, até a posição político-ideológica do próprio direito e de seus profissionais numa sociedade subdesenvolvida, hierarquicamente autoritária, socialmente desigual e economicamente dependente como a nossa.<sup>10</sup>

Se pensarmos na reprodução do poder e nas históricas lutas democráticas pela manutenção das instituições democráticas<sup>11</sup> vamo-nos encontrar diante de uma aparente contradição: defender um poder que emite o discurso reprodutor do sistema, portanto, anti-democrático, que sustenta-se através das doutrinas que informam o sistema jurídico.

Resulta daí o impasse, de defender a mera competência técnica, ou, por outro lado, defender uma análise mais ampla do sistema

jurídico, incluindo aí suas diversas ideologias e dogmas que servem à reprodução do próprio poder que representam.

Defender uma simples competência técnica significa agir à maneira "pura" do direito. Significa também desconhecer o papel histórico da ideologia no ensino do direito e os aspectos ideológicos que representam-se na própria interpretação.

Os doutrinadores e os juízes que quiserem explicá-los e entendê-los (os conteúdos do direito), têm de estar conscientes de que são o sedimento e a expressão de idéias que borbulham na sua retaguarda e que os conceitos e decisões contêm necessariamente uma valoração política acima do direito positivo, necessariamente ideológica, disfarçada num conjunto de técnicas sutis e sinuosas.<sup>12</sup>

É preciso, portanto, vislumbrar uma visão interdisciplinar do direito, mas advertindo que este tipo de método não atinge realmente a ciência do direito, que continua com seus pressupostos e raciocínios, apenas emoldurados por outros discursos, feitos a partir de outros horizontes, sobre o direito. Depois, porque a pluralidade de pontos de vista não constitui o método. O que está em jogo, ao contrário, é a determinação sistemática de uma outra investigação do domínio jurídico.

Implicitamente o caminho desta renovação foi constituído pela substituição da perspectiva positivista jurídica por uma perspectiva sociológica — ou mesmo apenas "sociologizante". Não deixa de ser interessante mostrar que muitos estudos foram dedicados à efetividade do direito, tendendo assim a preencher parcialmente uma lacuna das análises anteriores, para as quais essa questão era exterior ao direito<sup>13</sup>.

Ainda Miaille aponta que outras disciplinas, quando utilizadas no direito, funcionam a partir do prisma e do modo de pensar jurídico tradicional, como o desenvolvimento de estatísticas sobre divórcio, estudos sobre a aplicação do direito comercial (especialmente direito das sociedades ligados aos fenômenos de acumulação e de modificações do capital), etc.

Contrariamente a esta postura, seria de indagar-se, em relação ao divórcio por exemplo, da sua facilidade de introdução na legislação brasileira. Se recordarmos o momento de sua instituição (1977), verificaremos que nenhum clamor público exigiu a sua implantação. Se é certo que diversos segmentos ansiavam por sua instituição, também é verdade que não tivemos, a exemplo de outros países, a necessidade de uma luta acirrada entre divorcistas e anti-divorcistas. Simplesmente aconteceu.

Ressalvando não desconhecer outras componentes históricas da criação do divórcio, podemos analisar especificamente um fato social que ocorria naquele momento no Estado brasileiro: Com a proibição do divórcio, as separações não deixavam de acontecer, como não deixavam de acontecer novas uniões, apenas que "ilegais", à margem do Estado, portanto. Parece-nos (é hipótese na qual estamos trabalhando atualmente, como projeto de tese, razão porque as afirmações ainda não podem ter maior fundamentação) que o divórcio veio apenas atrasar um processo social que estava a ocorrer, ou seja, de um novo tipo de união (não reconhecida pelo Estado, mas real) que poderia fugir ao controle do Estado e da sua regulamentação. O divórcio, portanto, ao invés de representar uma presença do Estado e ao direito como algo dinâmico e atualizador das relações sociais, estaria barrando o desenvolvimento de um tipo de família que não interessava a ele, Estado. Surge o divórcio, não para atualizar, mas para moldar essa família marginal aos interesses dele, Estado. A função do direito, portanto, longe de ser dinâmica e atualizadora, neste e noutros exemplos (como pretendemos apresentar em trabalho futuro), seria, ao contrário, repressora e subordinadora da vontade social aos interesses do Estado, evitando que essa vontade social se desenvolvesse em moldes que a ele não interessa.

Análises deste tipo são raras no ensino jurídico tradicional. É equivocado introduzir disciplinas de outras áreas, se a forma de introduzi-las continua impregnada de conceitos positivistas ou de outras teorias dogmáticas que influenciam o direito. Abordar dessa forma significa continuar encobrindo os conflitos e as relações sociais reais (abstraídos das discussões jurídicas), o que dificulta a preparação de um profissional comprometido efetivamente com a realidade social.

É preciso reconhecer, no entanto, que mesmo o ensino meramente técnico deixa muito a desejar. No entanto, a discussão sobre a qualidade do ensino não passa pela simples discussão técnica. "Já não cabe dúvida que a reformulação da educação jurídica exige não só um questionamento das propostas técnicas mas também um questionamento dos conteúdos transmitidos"<sup>14</sup>.

A escola passa a ser o lugar privilegiado da reprodução de ideologias dominantes, das estruturas de classe e das relações de poder, não sendo possível insistir na proposição de escolas meramente técnicas, pois estas reproduzirão com intensidade ainda maior a ideologia do poder dominante.

Não é outro o pensamento de José Eduardo Faria, para quem

A Universidade, de forma geral, e as faculdades de Direito, num âmbito mais restrito, atuam como grandes agências, não

só formadoras de agentes conservadores, mas, também, como seletoras dos quadros dirigentes da sociedade.

Portanto, fica clara a impossibilidade de separação entre educação e política, de um lado, e a ingenuidade de encarar a crise do ensino jurídico como meramente pedagógica, de outro.<sup>15</sup>

Cabe-nos, assim, propugnar, hoje,

por um ensino jurídico que eleve o profissional de direito à sua capacitação plena, denunciando as faculdades e departamentos jurídicos que permanecem, em geral, presos a uma tradição consuntiva, embora reconheçam todos que não devem ser meras escolas onde se aprende e se ensina o direito positivo: contentam-se as faculdades de direito com a diplomação aos magotes, de profissionais desvalorizados no mercado de trabalho.<sup>16</sup>

Modernamente a metodologia do ensino jurídico começa a ser entendida de forma mais ampla, devendo ocupar lugar de destaque, questionando-se os conteúdos tradicionais do direito e a que interesses eles servem.

Atentarmos, não apenas para o "como" ensinar (o que levará inevitavelmente à "competência" técnica), mas com o "quê" ensinar e "para quem" ensinar, que nos colocará frente a problemas mais reais, com questionamentos sobre o ideológico, básicos a uma visão profissional verdadeiramente libertadora, em razão da função social do advogado no tipo de sociedade em que vivemos.

Não se pode pretender uma melhoria da capacitação profissional sem uma interação e interdisciplinariedade entre as chamadas disciplinas jurídicas e as demais disciplinas das ciências sociais que lhe são conexas (vistas não do prisma jurídico, como se analisou).

Não basta um estudo compartimentalizado de outras áreas de conhecimento. Devem integrar o todo social e jurídico, como forma única de atender às questões sociais e à função social do direito nessa interação.

Esta tarefa não é fácil, como enuncia Orlando Gomes,

quando sabe-se que o ônus do passado na teoria social impõe os grandes nomes e as grandes teorias ao futuro, numa sensação de que nada mais resta a fazer, a explorar, descobrir ou mesmo modificar: Em suma, nada importante resta a fazer.<sup>17</sup>

No direito, vez por outra, esta mesma sensação parece atingir-nos, especialmente quando pensamos nos chamados grandes nomes das ciências jurídicas, nas teorias construídas pelos mesmos e, especialmente, pelos mitos em que foram erigidos, mormente quando suas teorias e conceitos se solidificarem no tempo.

Examinar o direito dentro dessa nova perspectiva de capacitação profissional impõe essa primeira dificuldade a quem pretenda que sua análise seja feita a partir de um método diferente daqueles que são tradicionalmente utilizados.

Reunir num mesmo nível de análise, sociologia, filosofia, direito, etc., não parece ser muito coerente com o pensamento tradicional que, embora reconhecendo uma sociologia jurídica, uma filosofia do Direito, etc., desfaz-se delas num momento determinado, designado "direito".

Esta desvinculação é apenas aparente. Encobre, na verdade, uma série de componentes ideológicos, que apareceriam claros não fosse aquela desvinculação, conforme já expusemos em nossa dissertação de mestrado<sup>18</sup>.

O fenômeno jurídico não é indissociável dos demais na medida em que a realidade social não pode ser fragmentada enquanto objeto. O imaginário social constitui-se de fenômenos interativos e interdependentes. Estes fenômenos funcionam como condicionadores da atividade e das decisões judiciais, grandemente vinculadas ao sócio-econômico<sup>19</sup>.

Para que possamos atingir, portanto, uma adequada e mais-real capacitação dos novos profissionais, numa nova dimensão do ensino e da formação do advogado na sociedade contemporânea, é preciso, como premissa básica, desfazer a colocação equívoca do que se entende por "competência" profissional. O problema dessa "competência" como adequação aos temas ligados à técnica jurídica (e atendimento das necessidades do mercado de trabalho da sociedade capitalista) deve ser revisto, enquanto proposta (não aclarada, ao mais das vezes), passando por uma reformulação que permita um enfoque bem além das questões meramente dogmáticas, com uma redefinição do que se entenda por "competência" e "discurso competente", em relação ao que remetemos a Marilena Chauí<sup>20</sup>.

Estê novo tipo de competência não poderá ser atingida sem uma consciência social e, conseqüentemente, sem uma análise desses problemas do social na produção e análises jurídicas.

A visão do jurista nesta altura do século XX não pode ser meramente juridicista, pois tal visão, se excludente de uma abordagem

interdisciplinar, proporciona, fatalmente, uma compreensão truncada do seu objeto de trabalho, ou seja, do real social.

Desta forma, e à guisa de conclusão, conscientes de que este tipo de abordagem do jurídico tem avançado, tentando contribuir para esse avanço, podemos dizer que é necessário rever o ensino jurídico, que deve estar voltado para a interação de todo o social, quando da produção e interpretação, não como simples complementação da formação profissional, mas como elemento fundamental de um novo estilo de capacitação profissional.

Os currículos das faculdades de direito devem proporcionar um amplo foro de debates, como única educação capaz de formar profissionais comprometidos e aptos a enfrentar a competição do mercado de trabalho, não como mero instrumento, mas como produtores de sua história e de seu tempo, conscientes de que não podem aceitar a função de exército intelectual de reserva (quando puderem chegar a tanto!).

## NOTAS

- (1) WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na interpretação da lei**. Ed. Síntese, Porto Alegre.
- (2) \_\_\_\_\_ . p. 19 e seguintes.
- (3) BERNI, Maurício Batista. Tese apresentada no X Congresso Estadual dos advogados Gaúchos, 1984.
- (4) \_\_\_\_\_ Nota 3.
- (5) CUNHA, Luiz Antônio. **A Universidade Temporã**. Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1980, p. 101.
- (6) \_\_\_\_\_ . Nota 5.
- (7) BASTOS, Aurélio Wander. O Estado e a formação dos currículos Jurídicos do Brasil, IN "Os Cursos Jurídicos e as elites Políticas Brasileiras", Brasília, Câmara dos Deputados, 1978
- (8) FÁRIA, José Eduardo. **Crise do Direito e práxis Política**. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 187.
- (9) WARAT, Luiz Alberto. Nota 1.
- (10) FALCÃO, Joaquim de Arruda. **Contradogmáticas 2/3**. Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul e ALMED, p. 9.
- (11) \_\_\_\_\_ . Nota 3.
- (12) GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Ed. Forense, 1983, p. 12.
- (13) MIAILLE, Michel. **Crítica do Direito e do Estado**. Graal, 1984, p. 49-50.
- (14) WARAT, Luis Alberto, Nota 1.
- (15) FÁRIA, José Eduardo. Nota 8, p. 163.
- (16) GOMES, Orlando. Nota 12, p. 13.
- (17) \_\_\_\_\_ . Nota 3.
- (18) BERNI, Maurício Batista. Dissertação de Mestrado apresentado na PUC/RJ, 1982.
- (19) \_\_\_\_\_ . Nota 18.
- (20) CHAUI, Marilena. **Cultura e Democracia – O Discurso competente e outras falas**. Ed. Moderna, São Paulo, 1981.

## TEMAS ATUAIS DE DIREITO CIVIL

**Geraldo Philofeno**

E Deus criou o céu e a terra. Levou 6 dias e descansou no sétimo. Também ninguém é de ferro.

Depois resolveu inventar o homem. Fê-lo de barro, daí a sua fragilidade.

Então decidiu criar a mulher. Retirou uma costela de Adão e fez Eva.

Só que eu fico sem saber. Nós sabemos que há três tipos de costelas: as verdadeiras (presas ao externo por osso), as falsas (também presas ao externo, mas por cartilagens) e as flutuantes (soltas no espaço).

De qual tipo de costela teria sido feita a mulher? Porque há mulheres verdadeiras, há as falsas e também aquelas que flutuam doidas no espaço.

Seja lá do tipo que for, verdade é que foi a melhor invenção de Deus, e se Ele inventou algo melhor, guardou só para Ele.

Essa é a teoria Divina da origem do homem.

Depois vieram uns lunáticos dizer que o homem vem do macaco. A Teoria da Evolução, tendo como criadores Darwin, Spencer e Lamarck.

Segundo eles, para sustentar sua teoria, foi descoberto, em Java, Borneo, um fêmur, osso da coxa, que pertenceria ao *Antropopithecus Erectus* (o homem macaco erecto). Depois, outro osso seria do *Pithecantropus Erectus* (outro macaco homem um pouco mais evoluído). O Sinienses, na China.

Sucederam-se os negróides de Neandertal, enfim, toda uma família que teria chegado ao homem atual.

Que é afinal, o homem?

O bípede implume?

A brilhante coroa da fauna?

Ou apenas um animal racional?

O homem é essa criatura maravilhosa, que vive, que ama, que mata, que inventa e que cria.

O homem procura se perfeccionar em tudo. Também no Direito.

A tecnologia avança e o direito não pode ficar estaque. Há que acompanhá-la.

E é sobre esse acompanhamento que eu vou lançar alguns painéis, alguns closes, na tela da imaginação, com visos num direito, moderno, sacando contra o futuro.

Assim, vamos focar, rapidamente e sem qualquer pretensão, vários temas, em verdadeiros "closes", tais como:

Os Esponsais

A Pílula Anticoncepcional

A Questão da Pessoa Congelada

O Transplante de Órgãos

O Direito Constitucional de a Pessoa escolher seu próprio nome

Direito e Cibernética

Os Direitos de Criança de Laboratório

Atividades Espaciais e Regulamentação Jurídica

## OS ESPONSAIS

O direito à indenização da moça que foi noiva durante 10 anos, e depois é abandonada, Kopenhagen, Sonho de Valsa, Balas, caramelos, e depois mais nada. Não se encontra na lei referência à promessa de casamento.

## A PÍLULA ANTICONCEPCIONAL

O Código Civil Português, o mais moderno da Europa, prevê como caso de desquite a mulher que toma pílula escondida do marido, que quer filhos. Ou o caso do marido que força a mulher tomar pílula, quando ela deseja ter filhos. É injúria grave segundo o Código Civil Português, em seu artigo 1.799.

## A QUESTÃO DA PESSOA CONGELADA

Uma pessoa acometida de câncer se faz congelar à espera da conquista da cura da moléstia.

É sabido que, no capítulo da ausência, uma pessoa depois de 2 anos de desaparecida, abre-se-lhe o inventário. 20 anos depois de passada a sentença de sucessão provisória, tornar-se-á definitiva, se há 5 dele não se tem notícia e se se provar que o ausente conta 80 anos de nascido. E se voltar depois disso?

## O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

O transplante: seria uma norma de direito público ou privado?

Direito Público: é o destinado a disciplinar os interesses gerais da coletividade.

Direito Privado: é o conjunto de preceitos reguladores das relações dos indivíduos entre si.

Pode um indivíduo dispor de partes do seu corpo para doar a outrem?

Se pode dispor do todo (vida), pode dispor de partes. O suicídio não é crime. Antigamente era punido.

Assim, pode dispor de um dos rins, de córnea, de artérias, do coração, depois de morto.

Já doa sangue, córnea, tecidos e um dos rins em vida. Por que não depois de morto?

Se deixar algo por escrito, não há problema. Um testamento, um codicilo, uma carta. A lei não faz menção.

A única lei sobre o assunto, cuja elaboração eu colaborei, é a Lei Nº 5.479, de 10-08-68:

Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica.

Isto para evitar o crime de vilipêndio ao cadáver, previsto no art. 211, do Código Penal: "Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele." pena: reclusão de 1 a 3 anos.

Ou o art. 212, do mesmo Código Penal: "Vilipendiar cadáver ou suas cinzas." pena: detenção, de um a três anos.

Quem autoriza: o cônjuge não separado; os descendentes; os ascendentes e os colaterais.

A Lei prevê que: "feita a retirada, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos familiares.

A verificação da morte: espelho; estetoscópio, eletrocardiógrafo; e eletroencefalógrafo — piii — sifu

Contudo não havendo parentes, a lei não dispõe sobre quem pode autorizar.

O EXEMPLO DA ITÁLIA: a lei é muito mais perfeita: Capítulo no Código Civil: "Trapianto Del Rene" (se não houver parente, o juiz do distrito autoriza). Transforma uma norma de direito privado, em norma de direito Público. É o interesse da coletividade que prepondera.

### ESCOLHA DO PRÓPRIO NOME

O nome é um dos mais importantes atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade civil e do estado, é o nome. O homem recebe-o ao nascer e conserva-o até a morte: na escola, no Tiro de Guerra, no casamento, para votar, etc.

Josserand define o nome como uma etiqueta social. Tão notória sua utilidade que se estendeu às firmas comerciais, às coletividades, aos navios, aos aviões, às locomotivas, às cidades, logradouros, ruas, aos animais, aos produtos e até aos furacões: sempre nome de mulher.

A natureza jurídica — várias opiniões: Para uns é uma forma de propriedade, mas está é alienável. O nome não.

Para outros é um direito da personalidade.

Entre os gregos, era único e individual: Sócrates, Platão, Aristóteles.

Para os hebreus: os indivíduos passaram a ter seu nome ligado ao do genitor.

JOSÉ BAR-JACÓ (José, filho de Jacó)  
apóstolo Bartolomeu (filho de Tolomeu)  
bandido Barrabás (filho de Abás)

O mesmo princípio predomina entre os árabes (Ali Ben Mustafá — Alí, filho de Mustafá.

Entre os russos: adotam-se no sobrenome as partículas "vitch" ou "vicz", para os homens e "ovna" para a mulher: Alexandre Markovicz — Alexandre, filho de Marcos; Nádía Petrovna, filha de Pedro.

Os rumenos usam a partícula "esco" (Lupesco, Popesco).

Mas, o que eu defendo é o direito de a pessoa escolher o seu próprio nome, e não as comadres e os vizinhos, inclusive os pais.

Nasce uma criança e as comadres em volta do berço começam a dar palpites.

A pessoa deve escolher o seu nome, para evitar as aberrações: Himeneu Casamentício das Dores Conjugais; Valdevinos; Rodo Metálico; Ordefla (Alfredo às avessas), e outros que tais.

Como? Explicar a escolha aos 16 anos.

## DIREITO E CIBERNÉTICA

Cibernética é a técnica do funcionamento e do controle dos comandos eletrônicos e das transmissões eletrônicas nas máquinas de calcular e nos autômatos modernos.

Seria, em última análise, a computação aplicável ao Direito? Teremos sentenças judiciais prolatadas pelo computador. Há pouco tempo, tivemos em São Paulo, a vista do Prof. Losagno, da Itália, com essa teoria. Dentro em breve, não haverá mais necessidade de Juízes de Direito, porque o computador vai dar sentenças. E, por certo, teremos no currículo escolar de Direito a cadeira de processamento de dados. Isto, já é uma realidade.

## A CRIANÇA PRODUTO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL: O BEBÊ DE PROVETA

O bebê de tubo de ensaio: o sêmen inoculado no óvulo formando o ovo e o implante no útero materno "mater semper certa est; pater incertus."

É quando o sêmen e o óvulo são fornecidos por doadores.

E a questão sucessória? De quem herdará? Dos doadores ou daqueles que encomendaram a criança ao laboratório?

Explicar a sucessão atual e perguntar ao futuro como será.

## CONCEITOS E CATEGORIAS JURÍDICAS O CONCEITO DE TRIBUTO

Alpheu Júlio

A missão primordial do direito — seu fim último — é a de estabelecer comportamentos pessoais. Conjunto de regras, recolhe aqueles comportamentos que se referem ao indivíduo e interessam à sociedade e, pelo procedimento formal adequado, imprime-lhes vigor, força de execução compulsória. Adentram, assim, o universo jurídico, tanto os comportamentos consagrados pela tradição dos povos como aqueles inaugurados originariamente pela norma escrita. Desse modo, comportamentos até então restritos a ordem íntima do indivíduo passam a ser obrigatórios, sob pena de adequada sanção. Nisto consiste, aliás, a própria vida do direito.

Esse entendimento pacífico realça sobremaneira seu caráter sancionatório, e isso aprende-se logo nas primeiras letras dos cursos jurídicos. A nenhum estudioso certamente será relevado esquecer a célebre advertência de HIERING de que:

“Um direito sem sanção é um fogo que não queima,  
uma luz que não ilumina.”

Essas considerações ocorrem a mente do estudioso quando este se propõe examinar o problema conceitual, fartamente disseminado no direito posto, de sorte a levantar, de pronto, a seguinte indagação: Se a finalidade do direito é a de estabelecer comportamentos individuais, com vistas à ordenação harmônica da vida social, segundo critérios de conveniência política, estaria no âmbito de suas atribuições conceituar?

A resposta a este questionamento tem sido objeto de variados estudos. Frequentemente, lê-se que conceituar é missão reservada à doutrina, pois ele, o conceito, não se compadece com o normativo do direito. E mais. Que a conceituação, se de um lado ofereceria a vantagem da segurança, de outro contraporía a desvantagem da estratificação, com graves entraves à dinâmica jurídica, especialmente à sua capacidade de incorporar novos valores.

O problema, visto sob esse ângulo, é porém, universal, enciclopédico. Com efeito, a todos não passa despercebido que o binômio segurança/desenvolvimento encerra proposta antinômica. E, assim, não poderia ser diferente com relação ao direito. Com efeito, a adoção radical de qualquer dos termos da proposta importará na anulação do outro. Se se quiser somente segurança, haver-se-á que esquecer o desenvolvimento; se, ao reverso, a "meta optata" for o desenvolvimento, nada se alcançará se não se abandonar a segurança. Pode-se, todavia, desenvolver-se e fazê-lo com segurança. Basta, para tanto, recusar o absolutismo e concentrar a razão na máxima "virtus in medio", consagrada pelos séculos.

De qualquer maneira, forçoso é reconhecer que embora não representem normação, no sentido de "deva ser", os conceitos jurisdicizados formam categorias, categorias jurídicas, as quais traçam o perfil legal de diversos sujeitos e objetos de direito. Compõem, destarte, uma estrutura medial que, em sentido técnico, vem a ser a própria linguagem do direito.

Esses sujeitos e objetos são, por assim dizer, as peças que movimentam o cenário jurídico. Integrando essa peculiar estrutura correspondem a redesenhos de noções que nascem do conhecimento vulgar e até mesmo de conceitos elaborados em outras áreas do saber. Por isso mesmo, é de toda conveniência ter-se presente a oportuna lição transmitida por ALFREDO AUGUSTO BECKER (Teoria Geral do Direito Tributário, Saraiva, 2ª edição, pág. 71), que esclarece:

"...na elaboração da regra jurídica o legislador poderá, com referência ao dado (matéria-prima ou diretriz fornecida pelas ciências pré-jurídicas):

a) deformá-lo

b) contrariá-lo

c) e, mesmo que na aparência não tenha havido deformação (quando parece consagrar ou canonizar a diretriz oferecida pela ciência pré-jurídica), ainda, nesta hipótese, há sempre maior ou menor deformação naquela diretriz."

Acentue-se, também, que para o celebrado autor seria desvalidada de sentido a regra que procedesse à confirmação dos fenômenos naturais e espontâneos. A lei natural, formulada sob rigor de ciência, produz um determinismo real, ao passo que a lei jurídica impõe um determinismo artificial. Por isso mesmo, "ad instar" de EMILIO BETTI, conclui que a praticabilidade e a certeza são atributos fundamentais do direito.

Percebe-se, pelo que ficou explicitado, quão enganosa é afirmativa, evidentemente de cunho popular, de que o direito é pura aplicação de regras de bom senso. Dir-se-á, e com acerto, que direito é também bom senso, afirmativa que, com a mesma propriedade poderá ser deferida em relação à medicina, à engenharia, à economia, como de resto a todo o conhecimento organizado. Cada qual, sobre ser bom senso, não prescinde de sua instrumentação técnica.

De fato, entre a realidade objetiva e humana e a realidade jurídica poderá haver sensível diferença de assemelhação. E para que isso aconteça sobejam razões. A principal delas é que o problema da Verdade, tomada esta em sentido absoluto, é invencível, e o homem não reúne condições para destriná-lo. E mesmo que o fizesse não conseguiria demonstrar a verdade emergente. A todas as luzes, o direito é ciência aplicada e, assim, não pode prescindir de conceitos operativos, elaborados sem quaisquer preocupações metafísicas. Surge, por esse processo, uma outra verdade, a verdade legal, pedra angular na formação da chamada dogmática jurídica.

Por tudo que foi dito, verifica-se que os conceitos devem ser transformados em categorias jurídicas quando controversa a coisa, o objeto ou a situação de que cuidam, sempre em obséquio ao primado da segurança. Concluir-se-á, então, que ruim com eles, pior sem eles. É indispensável para aceitá-los de que se tenha consciência das limitações humanas e, por igual, de sua obra, o direito. Vale relembrar a prudente advertência contida na máxima "summum jus, summa injuria", para que se contenha a aflição do jurista, quando apenas dispõe do efêmero, do contingencial e seu idealismo sonha com o perene, com o absoluto. E, nesse ponto, o direito será uma medida de sua humana limitação.

Superadas estas considerações introdutórias e gerais, será de bom alvitre que se ponha para exame o conceito de tributo, que se acha incluído no Código Tributário Nacional, "verbis":

*"Art. 3º — Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."*

Primeiro aspecto a considerar é o que diz respeito à sua real necessidade. Veja-se.

É fenômeno de nossos dias a crescente intervenção do Estado na ordem privada, sobretudo entre nós, fato que reflete o ideário moderno da transformação do liberalismo para o socialismo. Também é contemporâneo que novas funções foram encampadas pelo Estado,

circunstância que tem permitido a multiplicação das exações públicas. Estas, a seu turno, são criadas segundo um juízo político, pois se constituem em valioso instrumento da ação estatal.

Dentro das variadas formas de exação muitas terão feição contraprestacional, e são conhecidas como preços ou tarifas; outras, em que pese a necessidade de um acontecimento fático, dependem fundamentalmente da lei para desabrochar o vínculo obrigacional correspondente e são classificadas como tributos. Dizem que as primeiras são "ex voluntatis" e que as segundas são "ex legis".

Representando, como representa, a compulsão ao cumprimento da obrigação tributária uma anulação da vontade do sujeito passivo e uma simultânea redução de sua propriedade, resulta concluir que o tributo exigível deve estar previamente consentido no diploma constitucional, pois sua existência corresponde a u'a supressão de garantias fundamentais do indivíduo, também asseguradas pela Lei Maior, quais sejam a da liberdade e a da propriedade.

Por essa razão é que a disciplina tributária é submetida a regime jurídico próprio, precedida inclusive de prerrogativas também constitucionais, entre as quais avultam as que decorrem da legalidade, da estrita legalidade, e da anterioridade da lei. Assim, nenhum tributo poderá ser instituído senão que por lei e cobrado antes que a respectiva lei esteja em vigor (art. 153, §29 da C.F.).

Ocorre, todavia, que à União é reservada a chamada competência residual, qual seja a de criar outros impostos além dos expressamente designados no Magno Diploma, desde que não tenham base de cálculo e fato gerador idênticos aos existentes, consoante o § 5º do artigo 18 da C.F., o que, de certa forma, reduz a garantia que decorre da chamada discriminação de rendas. A par disso, temos as taxas, estas de competência concorrente entre os sujeitos políticos da nação, cuja zona limítrofe com os preços é de problemática definição, sendo, ainda hoje, após tantos estudos, um dos temas mais controvertidos em direito público.

Diante desse quadro político e jurídico complexo, e de certa forma confuso, as cambiantes e subjetivas formulações conceituais da doutrina não poderiam oferecer proteção eficaz ao contribuinte contra o apetite arrecadatório do poder público, sempre exacerbado; ao contrário, pelas vacilações, poderiam auxiliá-lo, tanto mais quando se conhece justificativas que raiam entre o cínico e o cômodo, como aquela que deu origem ao conhecido princípio do "non olet", que tornou célebre o imperador Vespasiano. Daí a indeclinável necessidade de erigir à categoria jurídica o conceito de tributo, na tentativa elogiável e oportuna de superar a "vexata quaestio".

A conceituação legal foi provada ao longo destes últimos vinte e poucos anos que marcam sua existência. Na prática revelou sua utilidade, embora não tenha podido ser a panacéia capaz de reprimir desmandos, especialmente os que vicejaram da tecnocracia autoritária e encastelada no poder. Inegável sua validade na solução de conflito tributários entre o Estado e os contribuintes. Quanto ao seu contexto, sua disposição literal, há quem o aplauda sem restrições; outros fazem-lhe reparos, inclusive de fundo, tecendo críticas que refletem acentuado apuro e rigor no trato de assuntos jurídicos, que o estágio cultural pátrio não logrou ainda alcançar. Pelo menos de maneira homogênea.

Contribui, portanto, para a segurança jurídica dos contribuintes a conceituação. De extrema valia, nesse mister, é a disposição contida no artigo seguinte, que estatui:

“Art. 4º – A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II – a destinação legal do produto da arrecadação.”

O dispositivo integra o conceito e o aperfeiçoa, auxiliando a superar sua formulação abstrata e jungindo-o ao fato subjacente, visto sob perspectiva exclusivamente econômica, que, uma vez realizado, acontecido, subsumirá a categoria de fato jurídico.

O artificialismo da concepção é mínimo, apenas o indispensável, para recordar a lição de BECKER retratada no início deste artigo. Talvez resida no dogma implantado, com o arredamento de qualquer outra teoria, por sedutora e convincente que o seja. Para o jurista o conceito, enquanto viger, será sua matéria-prima, seu dado essencial, sua realidade.

## O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

**Marco Aurélio Germano de Lemos**

(Aluno do Curso de Especialização D.  
Agnelo Rossi)

“Os direitos são independentes das provas no que diz respeito à sua existência porque antes de serem provados já existiam”  
NEVES E CASTRO - DA THEORIA DAS PROVAS - PORTO - 1880)

### INTRODUÇÃO

A matéria tem apaixonado juristas, provocado a sabedoria dos grandes doutrinadores, dinamizado o interesse dos estudiosos e ilustrado páginas e páginas das obras dos vultuosos “cientistas” e “magos” da ciência criminal.

O antigo ensinamento “PROBATIO INCUMBIT ASSERENTI”, vem ocupando lugar de real destaque nas cartilhas do direito processual penal de todos os povos, há muitas eras, sempre sofrendo inovações em alguns aspectos, e mantendo-se ortodoxo em outros.

### HISTÓRICO

Já os povos primitivos faziam referência ao tema, onde se percebe o quão antiga é a preocupação com seu estudo e aperfeiçoamento.

Ao retrocedermos no tempo, nos deparamos com as chamadas **ORDÁLIAS**, que eram os julgamentos ou juízos de Deus, que consistia em se submeter o acusado a uma determinada prova, supondo que Deus não o deixaria sair dela, caso fosse culpado. Por muitos anos, na Índia, as **ORDÁLIAS** foram admitidas e usadas com grande freqüência.

Entre as espécies, cabe destacar a da água e a do fogo: — os hebreus usavam da prova das águas amargas, onde as mulheres suspeitas de

adultério eram obrigadas a tomar da bebida e, caso contraíssem o rosto, a culpa era manifesta.

A prova do fogo: guardas suspeitos de haverem desobedecido aos reis, ofereciam-se a pegar em ferro quente e a atravessar o fogo para provar sua inocência.

Com esses tipos de leis, os povos que até então não usavam a inteligência para decidir os pleitos, lançavam mão de vários critérios para “descobrir” à quem Thêmis deveria proteger com seu manto.

Os povos da antiga Roma — berço de nosso Direito diziam: **ET INCUMBIT PROBATIO QUI DICIT NON QUI NEGAT**”. Daí surgiu a regra que não respeitou os tempos e até hoje é proclamada **“ACTORI INCUMBIT ONUS PROBANDI”**.

Esse era a doutrina dominante entre os sábios juristas da época dos imperadores romanos, havendo casos até em que aquele que negava um fato, podia impor ao adversário a prova que lhe era relativa.

## A PROVA

“La somme des motifs producteurs de la certitud se nomme la preuve”.  
(MITTERMAIER — TRAITT É DE LA  
(PREUVE pág. 63 — 2ª ed. 1879 — Paris).

No campo criminal, a prova desempenha e sempre desempenhou uma árdua missão.

Encontra ela os fatos já consumados e, valendo-se dos vestígios deixados, restabelece o seu caráter.

Conceituar prova pode parecer à primeira vista uma missão simples, porém é algo muito delicado.

Para aqueles que, como nós, iniciam o estudo do processo penal, buscar nos grandes nomes do direito, um conceito mais amplo e claro, talvez seja uma forma mais objetiva de desempenhar tão árida missão.

Diríamos nós, que provas são todos aqueles meios produtores do conhecimento certo ou provável de alguma coisa, ou ainda como quer EUGENIO FLORIAN: *“se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad a certeza del hecho o cosa”* (ELEMENTOS DE DERECHO PROCESAL PENAL — ed, 1951 pág. 304 — Ed, Bosch Espanha).

Não se faz necessário ir buscar ainda além-mar, os ensinamentos de outros respeitáveis mestres internacionais. Aqui mesmo entre nós, encontramos em PAULO HEBER DE MORAIS, nome de real destaque dentro do Ministério Público, "in" DA PROVA PENAL, uma perfeita definição da prova: "*Tudo aquilo que forma a convicção do julgador, sobre a existência ou inexistência de um fato, objeto da alegação no processo penal*" (ob. cit. pág. 17).

O grande Frederico Marques, em sua já tão festejada obra "Elementos de Direito Processual Penal" conceitua prova de maneira ainda mais profunda: "*O elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que esse se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações*". (ob. cit. vol. II, pág. 272 — ed. Forense — 1960).

Citar ainda outros conceitos dos "papas" do direito criminal poderia causar o que se costuma chamar "superfetação".

Porém, ainda ousaremos lembrar uma conceituação figurativa magnífica que faz MAX HIRSCHBERG na obra "La sentencia erronea en el proceso penal": "*No hay en concreto una diferencia conceptual entre prueba e verosimilitud, posto que certeza no existe respecto de nada... como la prueba, en su concepto juridico, a diferencia del matematico, non equivale a realidad, sino a verosimilitud existe aqui, la posibilidad de errores objetivos, que en las matemáticas solo puede darse por motivos subjectivos... EL JURISTA ES IGUAL AO MEDICO, OPERA CON PROBABILIDADES. ASSIM COMO PUEDE ERRAR EM SU DIAGNÓSTICO, PUEDE ERRAR AQUEL EN LA SENTENCIA*". (ob. cit. tradução para o espanhol por Tomas A. Benzhaf — pág. 98, ed. 1969, editora jurídica Europa-América — Buenos Aires).

## DIVISÃO, CLASSIFICAÇÃO E MEIOS DE PROVAS

Antes de adentrarmos propriamente no tema núcleo dessa explanação, vamos ainda caminhar um pouco pelas sinuosas trilhas da prova, para que tenhamos uma melhor visão desse tema tão simples aparentemente, mas dotado de grande complexidade.

O legislador não estabeleceu em nosso direito, quais os tipos de prova a serem produzidas, admitindo amplos e irrestritos meios para realizá-la.

Entre outros povos, SANTIAGO MELENDO, por sua vez, chamou-a de "prueba plena" e "prueba semiplena". A primeira supõe a

eliminação de toda dúvida racional, a segurança de que os fatos ocorreram de determinada maneira, a tranqüilidade absoluta da consciência do juiz.

Na semiplena, determinadas resoluções não exigem a adoção da prova plena. (Observações feitas na obra "IN DUBIO PRO REO", págs. 31 e 32, ed. 1974, Buenos Aires).

Quanto à classificação ainda, os tratadistas costumam nos apresentar diferentes espécies: BENTHAM a divide em várias ramificações, a saber: prova pessoal e real; direta; indireta ou circunstancial; testemunho pessoal voluntário; prova por depoimento ou por documentos; provas por escrituras causais e provas por escrituras pré-constituídas; testemunha original e inoriginale testemunho perfeito e imperfeito. Sintetizando-se, os doutrinadores classifica como diretas e indiretas. Tais tipos de conceituação foi muito criticada por outros doutrinadores europeus.

## OS MEIOS DE PROVA EM NOSSO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O nosso Código de Processo Penal, a não ser no que diz respeito ao estado das pessoas, não limitou os meios de prova a serem utilizados na instrução penal.

Comumente são utilizados o interrogatório do acusado, inquirição de testemunhas, declarações da vítima, etc.

Entre todas a que merece um especial destaque, é a **prova testemunhal** que alguns preferem chamar de "**meretriz das provas**" e que merece uma especial análise:

### A PROVA TESTEMUNHAL:

*"Probatio per testes eadem vim quae per instrumenta".*

A testemunha desde a antigüidade já era um elemento de fundamental importância dentro do procedimento criminal.

Na antigüidade, as testemunhas de um fato criminoso eram obrigadas por lei, a mostrar que não puderam evitar o crime e a socorrer a vítima; além disso eram obrigadas a denunciar o crime e prosseguir na acusação sob pena de umas tantas bastonadas.

O grande Sócrates, quando da sua condenação, dizia que seus acusadores, apesar de tantos elementos apresentado para pedir sua condenação, não foram capazes de apresentar sequer uma testemunha que justificasse sua pena de morte.

Os gregos, em sua constante preocupação com a beleza, esculpiram em um bloco de mármore, a figura de uma deusa que nua e sorridente sustentava na mão direita um disco do sol e na esquerda um livro aberto contendo uma palma, e, aos seus pés, o globo terrestre, que servia-lhe de apoio. A tão magnífica figura deram o nome da VERDADE, que nem Cristo, à beira de sua crucificação, quiz dar sua definição: Jaime de Altavila em "A testemunha na História e no Direito", nos dá como exemplo, esse impressionante interrogatório, que foi o de Messias, quando à certa altura diz: *"o ex-prefeito de Batávia toma no ar aquela afirmação de Jesus que ele era a verdade e replica: — Que é a verdade? O acusado espelha a tréplica na mansitude de seu olhar porém não concede em palavras que seriam traduzidas pelo intérprete oficial postado perto do sódio de mármore e da loba romana de bronze luzente aquela resposta que o mundo inteiro gostaria de assinalar hoje como alucidação da mais elevada investigação jurídica até os dias presentes"*, (ob cit preâmbulo).

Daí vemos tão complexo é o problema da testemunha, pois a verdade sempre merece ser investigada.

Os tratadistas clássicos, ao analisarem o problema do depoimento testemunhal, fazem referência à deficiência do testemunho, também sob o aspecto psicológico.

Dizem eles, que a testemunha, de acordo com sua formação moral, religiosa, condição social, podem modificar a verdade às vezes até de forma involuntária.

Tomam como fatores importantes, ainda, a emoção e o interesse no instante de prestar declarações perante o juiz togado.

Muitas vezes, a testemunha, como já foi dito, pode modificar a verdade dos fatos, dada a sua sinceridade e estado emotivo no instante em que está depondo.

Procuramos nos aprofundar um pouco mais na análise das testemunhas, pois apesar de ser por alguns chamada de a "meretriz das provas", é ela que muitas vezes esclarece pontos nebulosos dentro de um processo-crime.

## O INQUÉRITO POLICIAL COMO PROVA

Embora seja apenas destinado a colher elementos para a propositura da ação penal, é no inquérito policial que surgem, às vezes, fatos claros e suficientes para que se faça a prova segura do delito e da sua verdadeira autoria.

Todavia, não serve o Inquérito Policial como único meio de prova para a condenação do acusado, pois às vezes, essas "provas" são obtidas de forma duvidosa, graças à "capacidade" de policiais truculentos, que conseguem com seus "instrumentos", aquilo que outros conseguiriam com o uso da inteligência e da paciência.

Não cabe aqui, ficar tecendo críticas à policiais que mancham com seu caráter, o início do processo criminal, eis que não é esse o objetivo desse trabalho.

Entretanto, a jurisprudência tem sido pacífica sobre o assunto, já prevendo a existência desses tipos de "prova", antes da instauração da ação penal.

SERRANO NEVES, em sua obra O DIRETOR DE CALAR, também já fazia referência às provas obtidas na fase pré-processual. Dizia ele: *"se os velhacos soubessem as vantagens que levam os homens de bem deixariam de ser velhacos... ao menos por velhacaria"*.

## A DÚVIDA DO MAGISTRADO NO APRECIAR AS PROVAS – O LIVRE CONVENCIMENTO

O juiz, com base nos elementos que lhe são trazidos pelas partes, deve fazer uma análise segura de seu conteúdo, para que possa sentenciar dentro dos limites de justiça e de humanidade.

O que é o chamado princípio do livre convencimento? Ao apreciar as provas que instruem o processo, é dado ao juiz da causa, uma liberdade, para que, dentro dos limites de sua consciência, e da lei, venha a formar o seu convencimento, aplicando assim, a pena de considerar cabível ao caso.

Vendo que apresenta pontos nebulosos o processo, vendo que as provas trazidas contra ou a favor do réu, não sejam suficientes, pode ele "ex officio" procurar fazer que sejam produzidas outras provas, que não foram trazidas à tona pelas partes.

Surgem, como naturalmente devem surgir em grande parte dos casos, dúvidas por parte dos magistrados, que fazem com que mais provas sejam produzidas.

O grande e insuperável mestre de todos nós, CARNELUTTI que muito contribuiu para a literatura do direito, já dizia:

**“la duda es un paso obligado en el camino de la verdad. Ay de lo juiz que no duda”.**

## O ÔNUS DA PROVA – SUA ANÁLISE

“O ônus da prova constitui a coluna vertebral do processo”.

(LEO ROSENBERG)

Sendo o ônus da prova o núcleo dessa discussão, passemos então a analisá-lo de maneira mais detalhada.

No que consiste o “onus probandi”?

Consiste na obrigação atribuída a um sujeito do processo penal, em dar a prova sobre aquilo que afirma, o que, caso contrário, torna o pedido inaceitável, ou como quer CAMPOS BARROS: *“a afirmação fica privada de todo o valor jurídico, tornando-se assim, irrevelante”*. (“in” Direito Processual Penal Brasileiro, vol. II, pág. 694, ed. 1971).

Regra geral, em nossa legislação processual penal, o ônus da prova cabe ao Ministério Público que é o órgão de acusação no processo-crime.

Cabe então não só a denúncia, como também provar os fatos ali narrados, para que possa a ação penal ser julgada procedente. Isso como consequência do ensinamento “actori incumbit probatio”, ou ainda “probatio incumbit asserenti”.

Tão delicado, sutil e complexo é o problema, que cabe ainda aquele que acusa provar o dolo ou a culpa do réu para efeito de condenação.

Necessário se faz ainda, ressaltar no que consiste a **OBRIGAÇÃO** provar o alegado.

Vejamos: como foi dito anteriormente, a parte que alega e não prova, jamais poderá ver o seu pedido acolhido, aceito, reconhecido.

Ninguém com mais gabarito que José Frederico Marques, para nos ensinar: "as partes **não estão obrigadas** (grifo do autor) a fazer prova do que alegam, mas submetidas apenas ao ônus de demonstrar essas alegações para evitar prejuízo futuro". (ob. cit. pág. 291).

Surge daí o conceito de obrigação para o ônus da prova.

Conforme nossa atual legislação, não ficando provada a existência do fato, ou quando não houver prova de que o réu concorreu para a infração, há logicamente que absolver o réu.

Claro fica então, que, em tais casos, é à acusação que cabe o ônus probatório.

Há casos no entanto, que cabe ao réu a obrigação de provar, quando alega ter praticado o ato dentro das circunstâncias em que a lei penal prevê a absolvição ou diminuição da pena.

Diz Frederico Marques: "**verifica-se pertencer também ao réu, o "ônus probandi", no que tange às justificativas penais, a exclusão da imputabilidade e a existência de condições anormais que tornam exigível outra conduta**".

## A PROVA INDICIÁRIA

"l'indizio dunque é una delle due specie della prova indireta di cui l'atra é la prezuncione".

(MANZINI)

"Por sua natureza e como indica o nome (index), o indício é por assim dizer, o dedo que aponta o objeto"

(GMELIN)

Outro elemento de fundamental importância dentro do complexo e sinuoso mundo penal, é o indício um capítulo que merece um especial cuidado por parte dos estudiosos do direito.

**Indício** no processo penal, é aquele vestígio deixado na prática do crime, e que através dele pode-se chegar a um resultado mais objetivo e concreto.

Nossa antiga legislação não definia o que era indício, mas a doutrina sempre reservou-lhe um espaço importante.

Alguns tratadistas pátrios, entendem que entre indícios e presunções não existem quaisquer diferenças.

Hoje, nosso diploma processual penal guarda seu conceito no art. 239, que faz como que uma síntese de toda a doutrina encontrada.

Tempos houveram em que a prova indiciária se colocava ao nível das provas imperfeitas, como a testemunhal, a confissão extrajudicial, etc..

Quanto à força probatória do indício, é no grande e mundialmente seguido e admirado MANZINI, que encontramos perfeita definição: **“Pero en lo que al derecho procesal interesa o sea en lo que se refiere a la libre convicción del juez, la fuerza probatoria de los indicios es en el cambio igual a la de cualquier otro elemento de prueba”**. (DERECHO PROCESAL PENAL – vol. II, pág. 484, ed. 1952, BUENOS AIRES).

A prova indiciária pode, todavia, em se considerando o senso crítico do juiz, ser classificada em “ótima” e “péssima”.

Tendo vários elementos que possam ser analisados separadamente, devem sê-lo, ainda, de forma conjunta, fazendo valer a expressão latina: **“singula non probant, simul unita probant”**. (as coisas que singularmente consideradas não provam, provam reunidas).

Não há todavia um procedimento específico para se considerar a prova indiciária. Tanto a acusação como a defesa, podem, através de interrogatório, depoimento pessoal, exibição de documentos, etc., constituir um indício.

A confissão também é de certa forma uma prova indiciária. Como? Pode ela surgir no interrogatório do réu, e deve ser analisada com cautela, considerando uma série de fatores, tal como a personalidade do réu, sua formação moral e intelectual, etc..

Em outros tempos, não era a confissão senão uma perfeita fonte de prova, a tal ponto que a prova obtida através da tortura era perfeitamente admitida.

Atualmente, embora ainda não tenha sido a tortura derrubada de seu pedestal – muitos covardes ainda a cultuam como deusa – a confissão, como já ficou dito, é para muitos prova indiciária.

Mais uma vez, e com toda admiração, citamos MANZINI, como um dos que classificam a confissão como prova indiciária: **“Cuando el imputado asume para si toda la responsabilidad descargando de ella a los demás sua declaración constituye mero indicio a favor de tercero”**, (ob cit. pág. 493).

Indício, rastro, vestígio, pegada, ou outros sinônimos, são então, um tipo de “prova substituta”, que surge quando não é possível nos depararmos com a prova real do fato.

## APRECIÇÃO FINAL

Discutir o ônus da prova em toda a sua amplitude, não se torna um encargo tão simples como pode parecer inicialmente.

Não buscamos nós, eis que ainda embriões em matéria penal, uma exposição perfeita da matéria, ainda que alicerçados por tantos tratadistas, doutrinadores e mestres, que nos auxiliaram com suas majestosas obras, a tomar conhecimento do assunto.

Buscamos em tais mestres, seus pensamentos, como seus discípulos o fizeram, porém com grande humildade.

Como pudemos observar durante a exposição, autores e juristas de todos os tempos, discordaram em alguns pontos, dando grande margem à outros de fazer um melhor estudo.

Talvez tenhamos obtido algum resultado, conseguindo expor de forma singela, aquilo que apreendemos durante nossa pesquisa.

Dentro do possível, buscamos fazer uma viagem pelo tempo e pelo espaço, buscando na história e nos ensinamentos de grandes estudiosos, base para discorrermos sobre o assunto.

Ou ainda como reza o célebre brocardo jurídico:

**“FECI QUOD POTUI. FACIANT MELIORA POTENTES”.**

## BIBLIOGRAFIA

- AGARRAGARAY, Carlos A. — Crítica do Testemunho, Livraria Jurídica, ed. 1956.
- ALTAVILA, Jayme de — A Testemunha na História e no Direito, Edições Melhoramentos, 1ª edição.
- BATTISTELLI, Prof. Luigi — A Mentira nos Tribunais, coleção Coimbra editora — 1ª edição, 1963.
- CAMPOS BARROS, Romeu Pires de — Direito Processual Penal Brasileiro, vol. II, sugestões literárias, ed. 1971.
- DELLEPIANE, Antonio — Nova Teoria da Prova, ed. José Konfino, 2ª edição, 1958.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo — Código de Processo Penal Anotado, editora Borsoi, ed. 1956.
- FLORIAN, Eugenio — Elementos de Derecho Procesal Penal, traduzido para o espanhol por Prieto Castro, ed. Bosch, 1933.

- GORPHE, Francisco – La Critica Del Testimonio, Instituto Editorial Reus, Terceira Edição, Madrid.
- LEONE, Giovane – Tratado de Derecho Procesal Penal, tradução para o espanhol por Santiago Sentis Melendo, ed. jurídicas Europa América, ed. 1963, Buenos Aires.
- MANZINI, Vincenzo – Tratado de Derecho Procesal Penal, vol. III, ediciones jurídicas Europa-América, ed. 1952, Buenos Aires.
- MARQUES, José Frederico – Elementos de Direito Processual Penal, vol. II, Forense, ed. 1961.
- MELENDO, Sentis – “In Dubio Pro Reo”, ediciones jurídicas Europa-América, ed. 1971, Buenos Aires.
- MITTERMAIER, C. J. A. – Tratado da Prova em Matéria Criminal, ed. Laemmert, 1879.
- MORAIS, Paulo Heber de – Da Prova Penal, ed. Julex, 1ª ed. 1978.
- NEVES E CASTRO – Theoria das Provas, Livraria Internacional, Porto e Braga ed. 1880.
- NORONHA, Magalhães – Curso de Direito Processual Penal, ed. Saraiva, ed. 1964.
- PAIVA, José da Cunha Navarro de – Tratado Teórico e Prático das Provas no Processo Penal, ed. portuguesa e estrangeira, Coimbra ed. 1895.
- TORNAGHI, Hélio – Instituições de Processo Penal, vol. V., Editora Forense, ed. 1959.



वैप PUKCAMP