

**BAHIA FORENSE**  
**V.34 JAN/JUN**  
**1991**

LEGISLAÇÃO

DOUTRINA

JURISPRUDÊNCIA

Nº 34

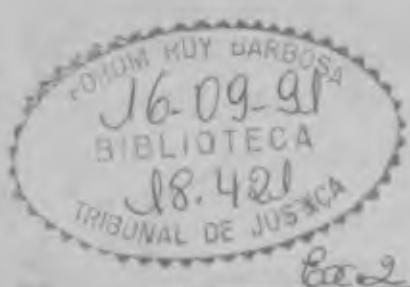
*FORMATO 010110*

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
- Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves

SUPERINTENDENTE DO IPRAJ  
- DURVAL STORINO DE MATTOS

GERÊNCIA DE IMPRESSÃO E PUBLICAÇÕES  
- REYNIVALDO Dantas Jacobina BRITO

Impressa e distribuída em agosto/1991



**BAHIA FORENSE:** legislação, doutrina e jurisprudência – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia/Gerência de Impressão e Publicações. – Ano 1 – N. 1 (1961). Salvador: Gerência de Impressão e Publicações, 1991.  
N. ;22cm irregular

1961 – 1966: REVISTA JURÍDICA. A partir de n. 5,  
jun/dez/1967: **BAHIA FORENSE.**

1. Direito – Brasil – Periódicos. I. Bahia. Tribunal de Justiça.

CDD 340.05

Gerência de Impressão e Publicações  
Estrada de Sussuarana, gl. 5, qd. D - Tel.: 246-2152  
Salvador-BA - Brasil

*CATALOGO 010135*

**INDICADOR FORENSE**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA**  
**- 1991 -**

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Presidente:

Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves

Vice-presidente:

Des. WILDE Oliveira LIMA

Corregedor Geral:

Des. FALZAC de Souza SOARES

**TRIBUNAL PLENO**

(Sessões às 6<sup>as</sup>-feiras – 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> do mês às 14 horas)

Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves – Presidente

Des. WILDE Oliveira LIMA – Vice-presidente

Des. FALZAC de Souza SOARES – Corregedor Geral

Des. MANUEL José PEREIRA da Silva

Des. JORGE FERNANDE SFIGUEIRA

Des. JOSÉ ABREU Filho

Des. GÉRSON PEREIRA dos Santos

Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva

Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO

Des. RUY Dias TRINDADE

Des. JAYME Ferrari BULHÓES

Des. CÍCERO Dantas BRITTO

Des. Edmilson JATAHY FONSECA

Des. IVAN Nogueira BRANDÃO

Desa. OLNY SILVA

Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes

Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA

Des. ALOÍSIO BATISTA Alves

Des. OSMAR de Souza OLIVEIRA

Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA

Des. Júlio BATISTA NEVES

Des. AYRTON Oliveira de FREITAS

Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA

Des. HÉLIO Vicente LANZA

Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

**PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA**

Dr. MÁRIO DE MOURA CONCEIÇÃO

**1<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL**  
(Sessões às 4<sup>as</sup>-feiras às 14 horas)

Des. MANUEL José PEREIRA da Silva – Presidente  
Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva  
Des. CÍCERO Dantas BRITTO  
Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes

**2<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL**  
(Sessões às 3<sup>as</sup>-feiras às 14 horas)

Desa. OLNY SILVA – Presidente  
Des. JOSÉ ABREU Filho  
Des. OSMAR de Souza OLIVEIRA

**3<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL**  
(Sessões às 4<sup>as</sup>-feiras às 8h30min)

Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA – Presidente  
Des. Júlio BATISTA NEVES  
Des. HÉLIO Vicente LANZA

**4<sup>a</sup> CÂMARA CÍVEL**  
(Sessões às 4<sup>as</sup>-feiras às 8h30min)

Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO – Presidente  
Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA  
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS  
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

**CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS**  
(Sessões às 5<sup>as</sup>-feiras – 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> do mês às 14 horas)

Des. WILDE Oliveira LIMA – Presidente  
Des. MANUEL José PEREIRA da Silva  
Des. JOSÉ ABREU Filho  
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS  
Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva  
Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO  
Des. CÍCERO Dantas BRITTO  
Desa. OLNY SILVA  
Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes  
Des. OSMAR de Souza OLIVEIRA  
Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA  
Des. Júlio BATISTA NEVES  
Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA  
Des. HÉLIO Vicente LANZA  
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

**1<sup>a</sup> CÂMARA CRIMINAL**  
(Sessões às 3<sup>as</sup>-feiras às 14 horas)

- Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA – Presidente  
Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA  
Des. JAYME Ferrari BULHÓES  
Des. Edmilson JATAHY FONSECA

**2<sup>a</sup> CÂMARA CRIMINAL**  
(Sessões às 5<sup>as</sup>-feiras às 14 horas)

- Des. IVAN Nogueira BRANDÃO – Presidente  
Des. GÉRSON PEREIRA dos Santos  
Des. RUY Dias TRINDADE  
Des. ALOÍSIO BATISTA Alves

**CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**  
(Sessões às 4<sup>as</sup>-feiras – 1<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> do mês às 14 horas)

- Des. WILDE Oliveira LIMA – Presidente  
Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA  
Des. GÉRSON PEREIRA dos Santos  
Des. RUY Dias TRINDADE  
Des. JAYME Ferrari BULHÓES  
Des. Edmilson JATAHY FONSECA  
Des. IVAN Nogueira BRANDÃO  
Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA  
Des. ALOÍSIO BATISTA Alves

**CONSELHO DA MAGISTRATURA**

- Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves – Presidente  
Des. WILDE Oliveira LIMA – Vice-presidente  
Des. FALZAC de Souza SOARES – Corregedor Geral  
Des. ALOÍSIO BATISTA Alves  
Des. OSMAR de Souza OLIVEIRA

**COMISSÕES PERMANENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**COMISSÃO DE REFORMA JUDICIÁRIA E ADMINISTRATIVA**

- Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes – Presidente  
Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA  
Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA  
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS

**COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA**

- Des. IVAN Nogueira BRANDÃO – Presidente  
Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA  
Des. Júlio BATISTA NEVES  
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

**COMISSÃO DE REVISTA E DOCUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva – Presidente

Des. JAYME Ferrari BULHÕES

Des. HÉLIO Vicente LANZA

**COORDENADORIA DE REGULAMENTO  
DE PROMOÇÃO DE JUÍZES**

Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA – Presidente

Desa. OLNY SILVA

Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

**CONSELHO SUPERVISOR DO SISTEMA DOS  
JUIZADOS ESPECIAIS DE PEQUENAS CAUSAS**

Des. JOSÉ ABREU Filho – Presidente.

Des. Edmilson JATAHY FONSECA

Des. HÉLIO Vicente LANZA

## SUMÁRIO

### DOUTRINA

- <i>Alguns aspectos do princípio do contraditório e da ampla defesa na Constituição de 1988.</i> EDVALDO BATISTA DA SILVA JÚNIOR . . . . .	13
- <i>A teoria do crédito tributário no direito brasileiro.</i> JOSEFINA DE MELO RUAS . . . . .	21
- <i>Considerações sobre o novo direito brasileiro de família.</i> JOSÉ ABREU FILHO . . . . .	27
- <i>Poder de polícia e prisão temporária.</i> JURANDIR J. MOISÉS . . . . .	39
- <i>Sociedade de pessoas.</i> DERALDO DIAS DE MORAES NETO . . . . .	42
- <i>Sucessão legítima.</i> MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JÚNIOR . . . . .	51

### JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

- <i>Ação de consignação em pagamento.</i> Anistia da correção monetária prevista no art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias. Validade de cláusula contratual. Discussão sobre o montante da dívida. Inadequação (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	61
- <i>Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	64
- <i>Ação possesória.</i> Posse. Direito real. Necesidade de outorga uxória e da citação da mulher do réu. Nulidade (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	65
- <i>Ação possesória: exclusividade de arbítrio do juiz</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	67
- <i>Ação reivindicatória</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	68
- <i>Concordata preventiva.</i> Conversão em falência. Não-acolhimento. Irrecorribilidade da decisão (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	71
- <i>Deserção.</i> Ausência do advogado. Inocorrência de justa causa (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	77
- <i>Despejo.</i> Denúncia vazia. Procedência no juízo do 1 <sup>o</sup> grau. Apelo. Rejeição das preliminares. Improvimento ao recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	78
- <i>Despejo.</i> Locação não-residencial. Retomada. Contrato locatício. Emendas. Pedido de realização de perícia. Julgamento antecipado. Procedência da ação. Irresignação do réu. Agravo retido e apelação. Improvimento (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	81

– <i>Despejo</i> . Uso próprio. Julgamento antecipado. Sinceridade. Rejeição das preliminares e improviso do recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	83
– <i>Doação inter vivos</i> . Pedido de extinção de gravame. Morte dos doadores. Não-acolhimento no juízo de 1º grau. Apelo Provimento (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	84
– <i>Embargos declaratórios</i> . Erro material. Reconhecimento. Nulidade (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	85
– <i>Embargos de terceiros</i> . Conexão (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	86
– <i>Honorários advocatícios</i> . Desapropriação. Diferença entre a oferta e a indenização. Correção monetária. Provimento parcial (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	88
– <i>Inventário</i> . Remoção de inventariante. Incidente processual. Cabimento de agravo (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	89
– <i>Mandado de segurança</i> . Concessão de liminar sem audiência da parte contrária em ação cautelar inominada. Ausência de fundamentação e impedimento quanto à adoção de medidas asseguradas por lei. Ofensa a direito líquido e certo. Deferimento do <i>writ</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	90
– <i>Mandado de segurança</i> . Licenciamento de militar, sob pretexto de participação em greve. Inocorrência de procedimento administrativo (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	91
– <i>Petição inicial</i> . Defeitos e irregularidades sanáveis. Emenda (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	92
– <i>Petição inicial incompleta</i> . Ausência de assinatura de advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Despacho mandando a parte suprir a falta. Irresignação. Improviso ao recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	93
– <i>Procedimento sumaríssimo</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	95
– <i>Reintegração de posse</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	96
– <i>Reintegração de posse</i> . Concessão de liminar. Agravo. Rejeição das preliminares. Improviso do recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	99
– <i>Revelia</i> . Efeitos. Julgamento antecipado da lide (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	100
– <i>Sociedade de fato</i> . Alimentos provisórios. Impossibilidade. Provimento ao agravo (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	101
– <i>Ação de despejo</i> . Tempestividade da réplica. Preclusão para prática de ato. Art. 183 do Código de Processo Civil. Inocorrência de alteração do pedido ou causa de pedir. Sinceridade presumida (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	102
– <i>Ações possessórias</i> . Indeclinabilidade da citação da esposa. Improviso do agravo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	106
– <i>Cautelar</i> . Sentença. Arguição de nulidade. Omissão. Apreciação pelo <i>ad quem</i> . Inépcia não-caracterizada. Propriedade do procedimento (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	108
– <i>Condomínio</i> . Chamamento ao processo. Presunção de responsabilidade. Propriedade do procedimento. Aplicabilidade do disposto no Código de Processo Civil, art. 397 e da realização de perícia. Cerceamento de defesa (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	110
– <i>Consignatária</i> . Apelo parcial. Descabimento do pedido de denunciação à lide. Interpretação errônea da Constituição Federal. Improviso do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	112
– <i>Contrato</i> . Descumprimento. Condição resolutiva tácita. Aplicação do	

parágrafo único do art. 119 do Código Civil. Inocorrência de julgamento <i>ultra petita</i> (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	114
- <i>Despejo</i> . Uso próprio. Julgamento antecipado. Admissibilidade. Presunção de sinceridade. Retenção do imóvel. Impossibilidade. Benfeitorias não-consentidas (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	116
- <i>Execução</i> . Avalista. Solidariedade com o emitente. Penhora. Bem hipotecado (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	118
- <i>Fatos não-impugnados</i> . Presunção de veracidade contida no art. 302 e seus incisos do Código de Processo Civil. Interpretação errônea do dispositivo legal (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	118
- <i>Julgamento antecipado da lide</i> . Oportunidade (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	120
- <i>Locação</i> . Retomada. Submissão do contrato à denúncia vazia. Inaplicabilidade da Lei de Luvas. Improvimento do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	122
- <i>Mandado de segurança</i> . Admissibilidade de citação via postal. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo. Indeferimento (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	124
- <i>Prazo recursal</i> . Início. Publicação. Intimação (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	125
- <i>Reintegração possessória</i> . Incompleta apreciação da prova. Não-comprovação dos requisitos do Código de Processo Civil, art. 927. Provimento da apelação (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	126
- <i>Reparação de dano</i> . Legitimidade ativa. Prova de propriedade do veículo danificado. Ausência. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Agravo provido (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	129
- <i>Retomada</i> . Imóvel não-residencial. Denúncia vazia. Pedido formulado por condôminos. Legitimidade. Benfeitorias não-consentidas. Ausência de direito à indenização (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	130
- <i>Revisão de aluguel</i> . Objetivos (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	132
- <i>Sentença</i> . Nulidade. Ações conexas (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	133
- <i>Servidão de trânsito</i> . Inexistência (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	135
- <i>Ação declaratória</i> (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	136
- <i>Assistência judiciária gratuita</i> (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	138
- <i>Embargos de declaração</i> . Propriedade contra certas decisões interlocutórias (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	139
- <i>Mandado de segurança</i> (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	141
- <i>Retificação do regime de casamento</i> (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	142
- <i>Ação declaratória cumulada com consignação em pagamento</i> . Crédito rural. Correção monetária. Reconhecimento pela sentença. Resolução do Conselho Monetário Nacional. Provimento da apelação (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	143
- <i>Ação de reintegração de posse</i> . Laudo pericial. Princípio da livre apreciação da prova. Falta de comprovação dos requisitos previstos no art. 927, do Código de Processo Civil. Improcedência da ação. Improvimento da apelação (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	146
- <i>Alimentos provisionais</i> (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	147
- <i>Busca e apreensão de veículos</i> . Recolhimento a depósito do Poder Público requerente. Inexistência de agravo a direito da Municipalidade (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	147
- <i>Cautelar</i> . Liminar. Art. 804 do Código de Processo Civil (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	148
- <i>Decisão interlocutória</i> . Fundamentação; art. 165 do Código de Pro-	

cesso Civil (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	150
- <i>Despejo</i> . Estabelecimento de ensino. Art. 41 da Lei do Inquilinato (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	151
- <i>Despejo</i> . Uso próprio. Locador residente em prédio próprio. Improvimento (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	152
- <i>Mandado de segurança</i> . ICM. Isenção concedida por convênio. Convênios autorizativos e impositivos. Inadmissibilidade da distinção (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	153
- <i>Medida cautelar</i> . Improvimento (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	155
- <i>Nunciação de obra nova</i> . Concessão de liminar: dispensabilidade da inspeção judicial (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	157
- <i>Separação consensual</i> . Petição inicial. Assinatura dos cônjuges (art. 1.120, § 2º do CPC) (4 <sup>a</sup> Câm. Cfv.) . . . . .	158

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

- <i>Habeas-corpus</i> . Trancamento da ação penal. Crimes contra a honra (Cons. da Magist.) . . . . .	161
- <i>Conflito de competência</i> (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	162
- <i>Revisão criminal</i> (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	163
- <i>Revisão criminal</i> . Procedimento judicialeforme. Acusado presente e não intimado regularmente para interrogatório. Nulidade do processo. Extinção da punibilidade (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	164
- <i>Crime de natureza militar</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	167
- <i>Excesso prazal</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	168
- <i>Excesso prazal</i> . Constrangimento ilegal. Restabelecimento ilegal de prisão. Revogação da preventiva. Configuração dos fundamentos. Indeferimento da ordem (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	169
- <i>Fraude no pagamento por meio de cheque</i> . Ausência do exame de corpo de delito direto. Cheque sem fundos emitido como garantia de dívida. Inexistência do delito. Comprovação evidenciada nos autos. Condenação injusta. Provimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	170
- <i>Habeas-corpus</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	171
- <i>Homicídio culposo</i> . Delito de trânsito. Culpa da vítima. Velocidade compatível com a segurança. Inocorrência. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	172
- <i>Júri</i> . Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Prova indiciária insuficiente para condenação. Opção do Conselho de Justiça. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	174
- <i>Latrocínio</i> . Condenação sem apoio do contraditório. Inocorrência. Retratação desprovida de credibilidade. Apoio da prova pericial à confissão extrajudicial. Acerto da decisão condenatória. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	175
- <i>Recurso de habeas-corpus</i> . Prisão efetuada ao desabrigo das hipóteses previstas no art. 302, do Código de Processo Penal. Concessão. Recurso <i>ex officio</i> . Preliminar de não-conhecimento deste recurso. Descabimento e seu improvimento (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	177
- <i>Redução da pena</i> . Sentença que a fixou aproximando-a do mínimo. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	178
- <i>Roubo qualificado</i> . Nulidade processual, por inépcia da denúncia e falta de intimação da defesa para audiência em outra comarca. Falta de	

prova de autoria. Tentativa. Não-conhecimento da 1 <sup>a</sup> preliminar e rejeição da segunda. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	179
- <i>Trancamento de ação penal</i> . Inexistência de nexo causal. Acusação sem base na realidade. Falta de justa causa. Extensão de julgado. Deferimento da ordem (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	180
- <i>Atentado violento ao pudor</i> . Autoria confessada perante a autoridade policial (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	182
- <i>Condenação</i> . Pena que não se distanciou dos objetivos do art. 59 do Código Penal. Dever de aplicar-se sanção em grau maior (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	184
- <i>Crime de maus-tratos</i> . Previsão do resultado (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	186
- <i>Deserção</i> . Julgamento pelo conselho de Justiça Militar (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	187
- <i>Excesso prazal</i> . Configuração. Procedência do pedido: concessão da ordem (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	188
- <i>Excesso prazal</i> . Encerramento da instrução (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	189
- <i>Falta de intimação</i> (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	190
- <i>Habeas-corpus</i> . Réu já condenado. Indeferimento (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	192
- <i>Homicídio</i> . Júri. Inexistência de exame de corpo de delito. Obrigatoriedade. Nulidade do julgamento. Decisão contrária à prova dos autos (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	194
- <i>Homicídio</i> . Veredito condenatório (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	196
- <i>Júri</i> . Apelação. Intempestividade. Inexistência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Mais de uma versão, sendo uma das coata. Indiciação da autoria de terceiro, por confissão. Inocorrência. Improvimento do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	197
- <i>Júri</i> . Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Existência. Depoimento isolado, no inquérito policial. Conceito de versão. Provimento (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	199
- <i>Júri</i> . Homicídio e ocultação de cadáver em concurso material (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	202
- <i>Júri</i> . Inocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Imperfeição na individualização da pena (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	204
- <i>Legítima defesa própria</i> . Limites (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	205
- <i>Prisão preventiva</i> . Inexistência de fundamentação. Nulidade do ato (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	208
- <i>Pronúncia</i> . Homicídio qualificado e lesão corporal. Incabimento da desclassificação para homicídio simples e da acolhida da excludente (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	210
- <i>Recurso de habeas-corpus</i> (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	214
- <i>Responsabilidade penal</i> . Imprudência. Sentença confirmada (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	215
- <i>Tráfico de maconha</i> (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	216
<b>SENTENÇA</b>	
- <i>Ação de indenização</i> . LOURIVAL DE JESUS FERREIRA . . . . .	219
- <i>Ação de investigação de paternidade</i> . BENITO ALCÂNTARA DE FIGUEIREDO . . . . .	220

– <i>Embargos de terceiro</i> . WALDECÍRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO .....	224
– <i>Reparação de dano por ato ilícito</i> . ROBERVAL ROQUE BORGES PAIVA .....	225
– <i>Usucapião ordinário</i> . ALCIR SANTOS DE OLIVEIRA .....	231

## CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO

– Prova de Direito Administrativo .....	235
– Prova de Direito Civil e Processo Civil .....	237

## NOTICIÁRIO

– Faculdade de Direito de Ilhéus – 30 anos preparando as gerações .....	239
– Mensagem de Ano-Novo .....	241
– Pequenas Causas dos Barris vai defender consumidores .....	241
– Debate sobre planejamento familiar atende à expectativa .....	243
– Judiciário baiano cria Tribunal de Trânsito .....	244
– Secretário defende o sistema criminal com única linguagem .....	244
– Tribunal e Correios estudam convênio para entrega do DPJ .....	245
– Juizado presta assistência médica ao menor carente .....	246
– Tribunal prossegue com a interiorização da Justiça .....	246
– Desempenho e disciplina do JPC impressionam juiz paraense .....	247
– População de Lapão e João Dourado festejou instalação da comarca .....	248
– Mário Albiani reúne-se com juízes em Serrinha .....	249
– Normas procedimentais já reunidas em livro .....	249
– Desembargador Paulo Furtado retorna de palestra no Ceará .....	250
– Advogados elogiam a nova filosofia do Tribunal de Justiça .....	250
– Reformado posto do Juizado de Menores da Rodoviária .....	251

## DOUTRINA

### ALGUNS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

EDVALDO BATISTA DA SILVA JÚNIOR \*

A palavra "contraditório", etimologicamente, deriva do verbo latino "contradicere", com o significado de "contradizer", "replicar", "objetar", donde advieio o substantivo "contradic-tic", com o sentido de "contradição", "ação de contradizer", "objeção", "réplica", conforme o atesta o latinista Prof. Ernesto Faria, em seu *Dicionário Escolar Latino-Português*, 4. ed., MEC, p.246.

Na verdade, a origem vocabular não foge ao conteúdo do sentido jurídico que na palavra se contém, eis que juridicamente "contraditar" significa "apresentar contradita", "contestar", "refutar", com similitude semântica ao verbo "contradizer", ou seja, "dizer alguém o contrário do que outro afirma", "contestar", consoante ensina Pedro Nunes em seu *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, 11. ed., Livraria Freitas Bastos S.A., v.1, p. 266, o qual, por seu turno, assim define o "contraditório": "Diz-se também do ato da contestação, pelo réu, e da jurisdição contenciosa".

Com efeito, o contraditório significa exatamente poder uma parte contestar, refutar o que a outra diz no processo. Daí se infere que o referido princípio só tem cabimento na jurisdição

contenciosa, a qual se caracteriza por uma lide, por uma pretensão resistida, e jamais na jurisdição voluntária ou graciosa, uma vez que esta tem como nota característica a ausência de conflito de interesses entre os jurisdicionados. Na jurisdição contenciosa, uma pessoa vai a juízo para postular o reconhecimento de uma pretensão de que se julga titular e que atinge outrem, o qual, por sua vez, nega aquela pretensão, resiste à mesma. Forma-se, então, uma contestação, isto é, evidencia-se uma situação em que alguém está exigindo a subordinação do interesse de outrem a seu próprio interesse, ao passo que este outrem está opondo-se, recusando-se, resistindo ao interesse daquele alguém, sustentando que o seu interesse é que deve prevalecer sobre o interesse do outro. Esse choque, esse conflito ou oposição de interesses é o que configura a lide, bem definida na lapidar frase de Moacyr Amaral Santos como "o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado a que se opõe a pretensão de outro interessado" (*in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 6. ed., Saraiva, 1978, v.1, p.8), a qual perturba a paz social e dá a exigência de que a jurisdição, então dita contenciosa

\* Procurador da Fazenda Nacional. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

Bahia For.	Salvador	v.34	p.13/60	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	---------	-----------	------

— se não houvesse a resistência, a oposição de interesses, mas um só interesse de duas ou mais pessoas para cujo reconhecimento, porém, a lei exigisse o “placet judicial”, não seria hipótese de jurisdição contenciosa mas graciosa ou voluntária —, atue para pôr termo à controvérsia e restabelecer a harmonia pela mesma quebrada no seio da comunidade a que os conflitantes pertencem. Para tanto, todavia, faz-se mister, e já que se trata de contencioso, que as partes possam expor, com toda a plenitude, as razões que justifiquem suas pretensões a fim de que o julgador possa intuir-se de tudo o que é pretendido por ambas, uma em oposição à outra, e verificar, após o arrazoado de cada uma, qual das pretensões procede no todo ou em parte. Surge, então, o “princípio processual do contraditório”, pelo qual a toda afirmação de uma parte no processo corresponde à outra parte, e, no mesmo processo, o direito de contradizê-la, a faculdade de tentar rechaçá-la; a todo desenvolvimento de um arrazoado corresponde o direito da outra parte de a ele se contrapor através de um contra-arrazoado. Isto é o que dá essência ao contraditório, muito mais amplo do que, *data venia*, o conceito que já reproduzi do eminentíssimo mestre Pedro Nunes (*in ob. cit.*, p. 266), eis que ali o renomado jurista se limitou a definir o princípio como apenas sendo aplicável em favor do réu (“diz-se também do ato da contestação pelo réu...”) e, no entanto, conforme aqui o delineei, tem o mesmo maior amplitude, pois também aplicável em favor do autor na hipótese de vir o réu a não apenas contestar mas a, igualmente, fazer afirmações, a sustentar possíveis direitos subjetivos seus, como, por exemplo, quando, no processo civil, o réu alega, em sua peça contestatória, alguma preliminar dentre as catalogadas no art. 301 do Código de Processo Civil (incisos I a XI) ou então uma “preliminar de mérito”, tal como a prescrição do direito de ação ou a decadência do direito subjetivo material do autor ou, então, alguma circunstância impeditiva, extintiva ou modificativa do direito do

autor (pagamento, novação, transação, compensação, direito de retenção por benfeitorias etc.).

Portanto, o contraditório é realmente princípio processual próprio da jurisdição contenciosa; e se é certo que, *ab initio*, é direito processual do réu consubstanciado na peça contestatória ou de defesa, entretanto, não é menos correto afirmar-se que o mesmo também constitui direito processual do autor, no tocante às alegações do réu, que não sejam de mera negação às suas, mas, igualmente, de afirmação de pretensões que se opõem às do autor e que possam constituir direitos subjetivos materiais do réu, os quais o autor evidentemente tem a faculdade de processualmente negar.

A ampla defesa, por sua vez, nada mais é do que um consectário lógico do princípio do contraditório, porquanto se o réu, por força do mesmo, tem a faculdade processual de contradizer ou negar o que o autor afirma em arrimo de sua pretensão, é escorreito que, para negar, ter-lhe-á de ser assegurado o direito processual de contra-arrazoar ou contestar amplamente, podendo opor todas as defesas processuais ou de mérito que o assunto comportar juridicamente. Do contrário, sem a “ampla defesa”, o contraditório, para o réu, não seria contraditório, mas um nada ou quase nada jurídico, uma vez que não poderia exercitá-lo de maneira total, ampla, sem restrições. Note-se, contudo, que o princípio da “ampla defesa” diz muito mais respeito ao réu do que ao autor, considerando-se que a palavra “defesa” costuma ser empregada no sentido de contestação em processo penal e não em processo cível, porque, no processo civil, o réu não é “acusado” de nada — apenas lhe é exigida, pela via do direito de ação, a satisfação de uma pretensão de direito material do autor a que aquele se recusara voluntariamente —, ao passo que, no processo penal ou no processo administrativo-disciplinar contra funcionário público, lhe é imputada a prática de algum fato delituoso (crime ou contravenção) ou ilícito (as infrações

administrativas dos servidores públicos) por um acusador, público (o Ministério Público, conforme o disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o art. 100 do Código Penal, o art. 24 do Código de Processo Penal e o art. 17 da Lei das Contravenções Penais, nos crimes de ação penal pública e nas contravenções; e a Administração Pública, nas infrações disciplinares praticadas por seus funcionários) ou privado (a parte ofendida ou seu representante legal, nos crimes de ação penal privada ou de ação penal pública, quando não for, no último caso, promovida pelo Ministério Público no prazo legal, conforme o art. 100, *caput*, parte final, e seus parágrafos 2º, 3º, e 4º do Código Penal, os arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal e o art. 5º, inciso LIX, da Magna Carta), para a aplicação, ao mesmo, de uma pena (nos crimes e contravenções) – o exercício do *us puniendi* do Estado – ou de uma sanção disciplinar (no ilícito administrativo-disciplinar), ou seja, a parte é “acusada” de algum fato ilícito punível pelo Estado ou pela Administração Pública. Cumpre, entretanto, frisar que, embora a expressão “defesa” seja inadequada para o processo civil – pois a mesma pressupõe uma “acusação”, que no cível é inexisteente –, poder-se-á tomá-la também em um sentido mais abrangente, se bem que não rigorosamente correto do ponto de vista jurídico-terminológico, de contestação, e afi entao é que se poderia dizer que o princípio da ampla defesa se aplica também ao processo civil no sentido de que a contestação do réu à ação da outra parte ou à réplica do autor à contestação do réu (nos casos previstos nos arts. 326 e 327 do Código de Processo Civil) possa ser a mais ampla possível, com todas as alegações defensivas de mérito ou preliminares que juridicamente se possa arguir. De qualquer modo, urge que a defesa, tomada em um ou em outro sentido ou nos dois, cível e penal, possa ser assegurada de forma ampla, não-restritiva.

Em síntese, o contraditório significa assegurar-se à parte, autora ou ré, a oportunidade de, no processo, deba-

ter-se com a outra em todas as alegações que a última fizer, podendo ambas as partes produzirem provas e contrapô-lasumas às outras, para o amparo de suas respectivas pretensões. É evidente que o mesmo princípio não se choca com o da preclusão, sendo este uma necessidade natural a fim de evitar-se que o processo se alongue indefinidamente, o que ocorreria se o contraditório não conhecesse limite de tempo na lei, ou seja, se toda vez que uma parte falasse nos autos coubesse à outra replicar e a primeira pudesse contraditar e a segunda contestar aquela contradita, assim interminavelmente, em um verdadeiro tumulto processual, em uma autêntica polêmica sem fim. Não, o contraditório não quer dizer isto, jamais poderá dar lugar a uma desordem processual; o contraditório significa o direito processual de refutar as afirmações pretensas da outra parte, mas tudo em uma concatenação de tempo: primeiro, fala o autor sobre a sua pretensão e depois se abre prazo ao réu para impugná-la, sendo que, no processo cível, se o réu alega uma preliminar ou uma circunstância impeditiva, modificativa ou extintiva do direito subjetivo material do autor, este tem o direito de, mais uma vez, falar, mas agora, apenas, sobre a preliminar ou prejudicial levantada pelo réu, porque este, em assim procedendo, na verdade, não apenas refutou a pretensão do autor e sim, também, argüiu um direito subjetivo material seu ou uma causa de extinção *in limine* do processo (a preliminar) e, pois, pelo princípio mesmo de que a toda pretensão argüida deve corresponder a oportunidade de uma contestação ou contra-razão – o que é a *ratio essendi* do contraditório –, tem o autor o direito de falar não mais para sustentar a sua pretensão mas, tão-somente, para refutar a do réu, só que sem direito a que o último fale de novo, uma vez que aquele não poderá mais formular pedidos de outros direitos subjetivos materiais; primeiro, o autor produz as suas provas e depois o réu pode produzir as que tiver. As partes, portanto, têm o seu instante processual próprio, inclusive para contra-

ditar, seguindo-se sempre essa ordem cronológica, de primeiro o autor e depois o réu, de modo que, ultrapassado o momento processual de cada um, sem que faça as alegações que quiser ou que produza as provas que tiver, ocorre a preclusão para esta parte negligente, não podendo a mesma arrogar-se depois, e em nome do contraditório, no direito de fazer a alegação que não fez ou de produzir a prova que não produziu. Contraditório, por conseguinte, significa oportunidade de replicar, de contestar a pretensão ou de contradizer a prova da outra parte através de alegações ou de contraprova, mas, no momento próprio que a lei processual marca para cada uma das partes, o que quer dizer que a lei processual não pode suprimi-lo ou restringi-lo, no que concerne à sua forma e matéria defensiva, mas pode e deve limitá-lo no tempo, quanto ao instante de sua utilização pela parte. E a ampla defesa, em suma, nada mais é do que o seu corolário, no sentido de que o mesmo possa ser exercitado com amplo conteúdo defensivo.

Em nosso ordenamento jurídico positivo, o princípio do contraditório e da ampla defesa é uma imposição da ordem constitucional em vigor, nos termos do disposto no art. 5º, inciso LV, da Magna Carta: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." É, pois, uma das garantias constitucionais, e, por conseguinte, ao legislador ordinário, quer em matéria processual civil, quer em matéria processual penal e até em matéria de processo administrativo, não é lícito suprimi-la nem muito menos restringi-la em qualquer das fases processuais. A lei processual deve então assegurar a oportunidade de contradição ou impugnação das pretensões das partes entre si, bem como a de contraprova com relação à prova produzida. O autor, pugnando para convencer o julgador da razoabilidade de sua pretensão de direito material, produzindo provas e fazendo alegações, e o réu, por outro lado, tendo

a oportunidade de, em cada momento próprio e marcado pela legislação, contestar aquela pretensão e contradizer ou ilidir por alegações ou até mesmo outras provas a prova produzida pelo autor, eis o âmago do contraditório, o qual se completa com a garantia da ampla defesa, no sentido de que a contestação ou oposição poderá ser expandida de modo amplo, sem restrições. A lei processual ou administrativo-processual que não observar isto será inconstitucional por infringência ao inciso LV do art. 5º, da Lei Fundamental.

A revogada Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda n. 1 de 1969, continha o referido princípio, tal como todas as nossas Constituições republicanas (de 1891, art. 72, § 16; de 1934, art. 113, inciso 24; de 1937, art. 122, inciso 11, parte final; de 1946, art. 141, § 25; de 1967, art. 150, §§ 15 e 16) mas apenas aplicável ao processo penal – e daí, por uma interpretação extensiva e benigna, aos processos administrativo-disciplinares para a punição administrativa de funcionários públicos –, conforme se lia nos §§ 15 e 16, primeira parte, do seu art. 153: "A lei assegurará aos acusados ampla defesa com os recursos a ela inerentes" (§ 15, parte primeira) e "a instrução criminal será contraditória..." (§ 16, primeira parte). Observe-se que aquele revogado texto constitucional falava em "acusados" e "instrução criminal", donde se infere que só obrigava à observância do princípio do contraditório e da ampla defesa a lei processual penal, tendo deixado de fazer a imposição à lei processual civil e às leis administrativas. Hoje, porém, o sentido da norma constitucional é, indubitavelmente, bem mais abrangente, pois o inciso LV do art. 5º da Carta de 1988, além de ter reunido em um só dispositivo o contraditório e a ampla defesa – no que foi bastante feliz o constituinte, uma vez que ambos estão intimamente conexos e formando o mesmo princípio processual –, procedeu a uma importante inovação consistente em estabelecer o princípio para todas as espécies de processos, cíveis ou penais, e

até mesmo para o processo administrativo, disciplinar ou não disciplinar. Veja-se que no citado dispositivo constitucional, ora vigente, foi usada a expressão “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo”, o que significa, dada a amplitude do vocábulo “litigantes” a indicar quaisquer espécies de partes, que, tanto no processo civil quanto no processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa terão que ser observados; e, por último, pelo emprego da expressão “aos acusados em geral” consagrou o constituinte, como aliás sempre foi da tradição de nosso Direito Constitucional pátrio, igualmente, a aplicação do princípio aos processos criminais, que visam à aplicação de penas por infrações delituosas (crimes ou contravenções).

Caminhou, pois, o legislador constituinte de 1988 a passos largos, por quanto o contraditório e a ampla defesa consubstanciam agora uma garantia constitucional aplicável a todas as espécies de processos, civis, criminais e administrativos, e não apenas aos processos penais. Todas as leis processuais devem hoje observar e assegurar aquela garantia, sob pena de vício de constitucionalidade e consequente nulidade do processo. Sem sombra de dúvida, foi uma imensa conquista para o novo ordenamento constitucional do nosso País.

Está visto então que, em nossa ordem jurídica, o contraditório e a ampla defesa não configuraram apenas um princípio processual mas, antes disso, um princípio constitucional, uma genuína garantia que a Carta política confere aos cidadãos que venham a ser partes em qualquer tipo de processo. O ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5. ed. “revista e ampliada de acordo com a nova Constituição”, Editora Revista dos Tribunais, p. 379, ao comentar as garantias constitucionais relativas à segurança do cidadão em matéria penal, arrola o mencionado princípio entre elas e mais especificamente entre aquelas que o renomado professor denomina de “garantias pro-

cessuais penais”. Eis a sua preciosa lição: “IV – garantias processuais penais: de certo modo, as anteriores também o são; mais especificamente, porém, podem ser citadas as seguintes: a) instrução penal contraditória (inc. LV), que tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude ou ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (incs. XXXVIII, a, e LV). Todavia, e *data venia* do que ensina o conspícuo e preclaro mestre, ouso dizer que o princípio *sub examine* não está restrito ao processo penal, por quanto a primeira parte do inciso LV do art. 5º da Lei Maior reporta-se a “litigantes, em processo judicial ou administrativo”, só vindo o dispositivo constitucional a fazer alusão a “acusados” em sua parte final. Portanto, e da sua simples leitura, verifica-se que não se trata de uma garantia processual apenas penal ou de uma garantia de segurança apenas em matéria penal e sim de uma garantia processual em todos os sentidos, no âmbito civil, penal e até mesmo administrativo. É claro que, falando-se em termos restritos e específicos de Direito Processual Penal, representa ele uma garantia grandiosíssima, de importância indescritível já que o processo penal, pela sua gravidade, visando à aplicação de penas que irão restringir a liberdade e macular a própria honra moral do cidadão, deve, por isso mesmo, desenvolver-se com plenas garantias de defesa e contraditório para os acusados. Mas, ante o teor do texto constitucional, são inegáveis igualmente a sua aplicação e importância nos processos extrapenais.

A parte final do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, para deixar mais claro o sentido do epíteto “ampla” que ali qualifica o vocábulo “defesa”, socorreu-se da expressão “com os meios e recursos a ela inerentes”. Com isso, deu a entender que a defesa, em qualquer processo (cível, penal ou administrativo), para ser “ampla”, precisa comportar, na lei processual específica, todos os meios e todos os recursos que a ela sejam próprios. Deve, pois, a lei processual assegurar o direito de contesta-

ção, o direito de réplica à prova produzida pela outra parte, inclusive com a oportunidade de apresentação de contraprova pela parte impugnante, e, por fim, o direito de recurso, consistente este último na garantia que se outorga ao cidadão de ver a decisão que lhe foi desfavorável, no todo ou em parte, ser reexaminda pela instância superior àquela que a prolatou, o que é também denominado de "princípio do duplo grau de jurisdição". A garantia é, por conseguinte, ampla e em todas as instâncias de jurisdição, não podendo destarte a lei processual suprimir o recurso à instância superior, como o fez a Lei 6.825, de 22 de setembro de 1980, a qual, visando a dar "maior celeridade dos feitos" na Justiça Federal de 1<sup>a</sup> instância, supriu, em seu art. 4º, *caput*, o recurso de apelação para as sentenças proferidas pelos Juízes Federais em causas de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (as antigas ORTNs, que depois passaram a ser OTNs e hoje são BTNs, consoante a legislação financeira atualmente em vigor no País) e em que interessadas como autoras, réis, assistentes ou oponentes à União Federal, suas autarquias e empresas públicas federais: este dispositivo da Lei 6.825/80 é flagrantemente constitucional porque tolhe, nos processos civéis, o direito de recurso à Superior Instância no tocante às sentenças dos Juízes Federais de 1<sup>a</sup> instância, restringindo assim a ampla defesa, e na 2<sup>a</sup> instância, da União, das autarquias federais, das empresas públicas federais e também do particular litigante contra a Fazenda Pública Nacional, que tenha ou tenham sido vencido ou vencidos, no todo ou em parte, naqueles decisórios do primeiro grau da jurisdição federal comum. Editada na vigência da Carta de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, a qual não previa a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa no processo civil, mas tão-somente no processo penal, a retrocitada lei, naquele seu art. 4º, é agora indiscutivelmente incompatível com a recém-promulgada Constituição Federal de 1988, no seu

art. 5º, inciso LV, primeira parte, não tendo mais validade jurídica aquele seu dispositivo. O mesmo se pode hoje dizer do art. 2º, § 4º, da Lei 5.584, de 26 de junho de 1970, que suprimiu o recurso ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho com relação às sentenças proferidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento ou Juízes de Direito investidos na jurisdição trabalhista nos dissídios de alcada quando o valor da causa não exceder dois salários mínimos (§ 3º do art. 2º).

Tanto no processo civil como no penal, há que se observar o contraditório e a ampla defesa, esta última tomada no sentido de contestação no processo cível. Existe apenas uma diferença de grau, de intensidade no que tange a esse princípio, nos dois tipos de processo, civil e penal, decorrente da índole própria de cada um deles: como o processo civil se norteia pelo princípio da verdade resultante das provas produzidas nos autos – a chamada "verdade formal" ou "verdade processual" –, há uma menor rigidez no contraditório e na ampla defesa, ou seja, o juiz terá de observar o referido princípio mas no sentido de assegurar o seu cumprimento, no sentido de dar ao réu a oportunidade da contestação (art. 285 do Código de Processo Civil), que poderá ser oferecida ou não pelo mesmo, a seu exclusivo arbítrio (art. 297 do estatuto processual civil em vigor), de modo que, na hipótese de ter sido o réu regularmente citado e não tê-la oferecido no prazo legal, incorrerá em revelia com possível aplicação da pena de confissão presumida ou *ficta confessio* relativamente aos fatos articulados pelo autor na exordial (conforme os arts. 319 e 330, inciso II, do Código de Processo Civil). E isso porquanto o réu teve a oportunidade de defesa e contraditório, uma vez que foi regularmente citado, só que não os exerceu porque não quis. Basta, no processo civil, portanto, que se assegure a oportunidade de defesa, não sendo de se exigir que a mesma tenha sido produzida para aferir-se a observância do preceito constitucional; já no processo penal, porque visa a um

objetivo grave, que é a punição do acusado, se vier a ser reconhecido culpado e também porque se rege pelo princípio da verdade material ou substancial e não pela verdade apenas formal ou processual (art. 566 do Código de Processo Penal), o rigorismo do contraditório e da ampla defesa é bem maior, não sendo suficiente que seja apenas assegurada ao acusado a oportunidade dos mesmos, mas que, necessariamente, seja a defesa produzida, independentemente da vontade do réu (consoante os arts. 261 e 263 do Código de Processo Penal, sendo que o último, exatamente para assegurar a produção da defesa do acusado, determina que o juiz nomeie defensor dativo para o réu que não tiver ou não quiser advogado, o que é hoje corroborado pela Constituição Federal, em seus arts. 134 e 5º, inciso LXXIV, ao preverem a criação da Defensoria Pública para a orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos que não tiverem defensor particular), e sob pena de nulidade absoluta do processo, nulidade insanável, conforme o dispõem o art. 564, inciso III, alíneas c e l, do CPP, e a Súmula 523, 1ª parte, do Supremo Tribunal Federal (“no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta...”). Por isso mesmo não há confissão presumida no processo penal, ainda que o acusado seja revel.

No âmbito do processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa, igualmente, terão que ser obedecidos pela lei ou decreto que regule o procedimento administrativo e pela autoridade administrativa que o tiver de julgar, conforme ensina o douto Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed. “atualizada pela Constituição de 1988”, Editora Revista dos Tribunais, ao incluir o princípio da “garantia de defesa” entre os que regem o processo administrativo (p. 584 e 585). Só há, porém, que se seguir a mesma sistemática, no que tange ao rigorismo do mencionado princípio, adotada para os processos civil e penal: quando se tratar de processo administrativo não-disciplinar (fiscal ou civil) é

bastante que se assegure a oportunidade, à parte litigante contra a Administração Pública, de produzir defesa e contraditar, não importando se tenham ou não efetivamente sido praticados pela parte, que poderá deixar de fazê-lo no prazo legal para tanto e, inclusive, com cominação de pena de revelia em tal hipótese; no caso, contudo, de processo administrativo para a punição administrativa de servidor público (o chamado processo administrativo disciplinar), como há acusação por parte da Administração Pública e o objetivo de impor sanções disciplinares que poderão ir desde a simples repreensão até o extremo da demissão do cargo ou função pública, ter-se-á de observar, para a validade do processo administrativo, não só se foi assegurado ao funcionário acusado o direito de defesa mas que a referida defesa tenha sido produzida, mesmo que o servidor acusado não queira defender-se ou seja revel, tudo semelhantemente ao que ocorre no processo penal, até porque a segunda parte do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal se refere a acusados “em geral”, o que abrange não só a acusação criminal ou contravencional em júzio penal como também qualquer outro tipo de acusação por fato ilícito e suscetível de sanção punitiva, tal qual o é, inegavelmente, a infração disciplinar praticada pelo servidor público.

Por fim, cumpre ressaltar que, além da preclusão, o contraditório e a ampla defesa sofrem somente mais uma limitação decorrente do próprio texto constitucional. É que o artigo 5º da Carta de 1988, logo após a magnífica alusão ao princípio no seu inciso LV, estabeleceu, no item seguinte – o de número LVI –, como uma decorrência do princípio da lealdade das partes no processo, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Isso significa dizer que o julgador não deve, em nome do contraditório e da ampla defesa, admitir que as partes produzam quaisquer tipos de provas sem inquiri-lhes a origem nem muito menos na decisão final acatar prova que veio depois a descobrir ter sido obtida por meio

ilícito. Há, pois, que se verificar como foi a prova conseguida, para se repudiar a sua própria produção, no processo, se caracterizado ficar que foi obtida atra-

vés de fraude, dolo, coação, simulação ou qualquer outro artifício de má fé, contrário à moral e à ética do Direito.

# A TEORIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

JOSEFINA DE MELO RUAS \*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Norma jurídica tributária. 3. Relação jurídica tributária. 4. Fato gerador. 5. Obrigação tributária. 6. Crédito tributário. 7. Lançamento. 8. Decadência e prescrição. 9. Bibliografia consultada.

## 1. Introdução

Este é um trabalho acadêmico, elaborado como conclusão da disciplina Direito Tributário, ministrada pelo professor Edvaldo Brito, no Curso de Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia.

Na presente monografia, pretendemos tecer um breve esboço sobre a teoria do Crédito Tributário no Direito Brasileiro, no qual objetivamos enfocar alguns aspectos relativos à norma jurídica tributária, relação jurídica tributária, fato gerador, obrigação tributária, crédito tributário, lançamento, decadência e prescrição.

Cabe frisar a importância pragmática deste texto, em virtude de os assuntos abordados serem de reserva legal complementar à Constituição Federal, até o momento não editados. Contudo, por força do princípio da recepção legal, estão em plena vigência os artigos do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), citados ao longo do trabalho.

## 2. Norma jurídica tributária

O professor Edvaldo Brito nos ensina, citando outro, não mais ilustre, Betti (Emílio Betti), que a norma jurídica entendida no seu arranjo lógico consta de uma previsão e de uma disposição correspondente, prevendo, em abstrato e em geral, hipóteses de fato classificadas por tipos orientados segundo valores jurídicos dela própria.

Com efeito, a figura do fato será tributária, se tributário for o valor jurídico projetado na norma que o desenhou.

E para a compreensão desse fato jurídico tributário há de ser o mesmo tomado no seu todo, vale dizer, nos (seus) elementos que o compõem, e, se houver correspondência ao tipo descrito na norma jurídica tributária, que o desbuxou, surgirão efeitos jurídicos tributários previstos na norma mãe e, de ambos, vão surgir, consequentemente, a obrigação jurídica tributária e o crédito tributário. Assim, a norma é fonte imediata da obrigação e o fato é a sua fonte remota, porque, acontecendo o fato descrito tal e qual na norma, instaurar-se-á o vínculo obrigacional, e, sabendo-se que a lei vem primeiro, de modo geral e abstrato, é fonte imediata, e o fato, em segundo lugar e de modo concreto, é fonte remota, no sentido de vir a acontecer ou não.

\* Bacharela em Direito pela UFBA. Procuradora da Fazenda do Estado da Bahia. Pós-Graduada em Especialização em Processo Civil pela UFBA. Mestranda em Direito Econômico pela UFBA. Professora de Direito Tributário e Legislação Fiscal da Escola de Administração Fazendária. Professora de Direito Tributário em diversos cursos preparatórios para concursos.

Voltando-se à compreensão da natureza lógica da norma jurídica, temos, com a lição de Betti, apontada pelo professor, que a norma desenha a figura do fato temporal, daí, confundir-se o legislador, segundo o mestre, e ter esboçado o fato gerador como se fosse apenas um acontecimento descrito na norma. O fato gerador tem que ser entendido como o acontecimento social que, dotado de todas as circunstâncias descritas na norma, realiza-se não somente no seu elemento temporal, mas em todos eles; num espaço-lugar, envolvendo materialidade própria (da norma) e projetando as pessoas situadas nos pólos ativos, com prerrogativas e poderes de exigir a prestação, e, nos pólos passivos, com a obrigação de prestar, pagar a prestação, ou fazer ou deixar de fazer algo em torno dessa prestação. Para compreendermos o fato gerador, temos que dissecar cada hipótese do fato descrita na norma de referência a cada crédito para obtermos a tipicidade, isto é, a correspondência do fato com a vontade da lei ou com os órgãos a quem, eventualmente, estejam confiados à vontade da lei. Compreendido o fato gerador da obrigação tributária em relação à sua hipótese de incidência normativa, passamos a estudar a relação jurídica que nasce desse casamento.

### 3. Relação jurídica tributária

Apenas por motivo de aprender melhor é que esquematizamos assim, embora ao estudarmos a incidência do fato com a norma, já estejamos admitindo uma relação jurídica subjacente, a obrigação, a relação obrigacional, e outra relação abstrata ou crédito tributário. (O professor nos aponta a lição de Alberto Xavier). Essa relação abstrata, ou seja, a instauração de um direito subjetivo ou de prerrogativas e poderes para uma pessoa, a soberana, com o seu poder dever e, do outro lado, o surgimento de um dever jurídico ou de um ônus (prestação) para outra pessoa ou pessoas subordinadas, é que se constitui

no crédito, consequência do vínculo obrigacional.

Sustentam estudiosos que, em matéria tributária, a relação existente entre o Estado (soberano) e o particular não é de direito e sim uma relação entre um poder e um sujeito submetido a esse poder. Para nós ficou melhor entendida a lição do professor, quando ele a define como simples relação obrigacional ou situação jurídica típica, considerada como um complexo de direitos e deveres, de prerrogativas de ônus que se criam em torno de um fato, de um estado ou de um ato que engendre efeitos jurídicos.

#### 4. Fato gerador

A chamada hipótese de incidência é a situação abstrata prevista em lei e o fato gerador é a concretização dessa situação no plano da existência, todavia o CTN não faz distinção entre ambos e utiliza apenas fato gerador. Constitui-se o fato gerador na situação fato ou conjunto de fatos previstos em lei como capazes e suficientes para fazer nascer obrigação tributária. A lei, quando define fato gerador da obrigação tributária principal, por exemplo, torna sempre um fato, um conjunto de fatos ou uma situação de conteúdo econômico. Assim podemos dizer que há fato gerador; fato gerador – conjunto de fatos; fato gerador – situação (fática ou jurídica) e não apenas situação como diz o CTN. Em vista da escolha do legislador, temos fatos geradores quanto à sua ocorrência – continuados ou pendentes, quando se prolongam no tempo, e instantâneos, quando se formam e se esgotam num instante. A cada ocorrência de um fato, surge uma obrigação tributária distinta. Quanto à sua estrutura – simples, quando tem uma estrutura una; é o fato gerador tipo fato ou situação. Complexo – quando tem estrutura formada pela junção de fatos diversos – tipo conjunto de fatos.

O professor nos ensina que ninguém pode ter o dever jurídico de pagar

um tributo se não houver, primeiro, um fato descrito na norma legal como sendo aquele capaz de gerar a obrigação, da qual decorre esse dever e o desempenho de uma atividade administrativa, objetivando investigar a ocorrência desse fato e da qual, por isso, resulte o nascimento do direito de exigir o cumprimento desse dever. O fato gerador é um fato social a que o direito atribui o efeito de fazer nascer para uma pessoa o dever jurídico de pagar um tributo e a correlata prerrogativa de ser exigido o seu cumprimento pelo sujeito prestador. A hipótese do fato está contida na lei, abstratamente, e o próprio fato gerador é, repetimos, o fato social a que a lei atribui os efeitos, previstos, abstratamente, acontecidos concretamente. A hipótese e o fato por si só não operam no mundo social senão através do fato que deve ocorrer tal e qual a lei descreve, e, daí então, nascerá a obrigação e com ela o dever jurídico de pagar o tributo.

O mestre nos orienta sobre o chamado fato gerador pendente, o qual, segundo alguns, como na lição citada antes, é o que está compreendido no art. 105 do CTN e sobre o chamado fato gerador complexivo quanto à sua formação, segundo Amilcar de Araújo Falcão. Mas, para o professor, não existem estas duas definições de fato gerador e explica que a expressão "pendente" do art. 105 do CTN é mera especificação relativa à aplicabilidade da norma tributária, no seu aspecto temporal. Ele diz, também, que não é fato gerador complexivo, porque no direito positivo brasileiro há apenas fato gerador instantâneo, desde quando, ainda que seja expresso por negócio condicionado, os efeitos somente se operem com o implemento da condição, momento em que se pressupõe. Então ele justifica o seu ponto de vista em relação à inexistência do fato gerador pendente e diz que pendente é a situação jurídica tributária, tomada essa expressão no sentido que lhe dá Betti – quando a fatispécie não se realiza por uma só vez mas por gradações, através de uma progressão de fa-

ses intermédias, à fatispécie incompleta pode corresponder uma situação preliminar, que às vezes dá lugar ao fenômeno da pendência e a uma expectativa com ela conexa. Quanto ao chamado fato gerador complexivo, ele também justifica o seu parecer no sentido de não existir, de igual modo ao "pendente", no direito, ainda que se aceite como inequívoca essa equivocada terminologia, porque a regra dos arts. 114 e 116 do CTN não deixa dúvida de que somente situações perfeitas e acabadas são necessárias para fazer nascer a obrigação tributária, porque somente elas tipificam os quatro elementos da hipótese normativa.

A importância de compreendermos esses dispositivos do CTN está na identificação do momento em que o fato gerador ocorre, dando existência ao crédito tributário e se constituindo no marco, a partir do qual a atividade administrativa, que é plenamente vinculada, age conforme a lei desse momento.

Instaurado o fato gerador, ocorre o fenômeno da incidência tributária, identifica-se o tipo de tributo; fixa-se a competência da autoridade administrativa encarregada do lançamento; determina-se o sujeito passivo e sua vinculação ao cumprimento da obrigação principal ou acessória; sujeita-se o contribuinte ou responsável às obrigações fiscais independentemente da validade do ato praticado; tem-se que o lançamento deve reportar-se à época da sua ocorrência e constata-se a ocorrência ou não de bistruturação.

## 5. Obrigaçāo tributária

A obrigação é o dever jurídico do sujeito passivo de cumprir a prestação (pagar tributo ou penalidade tributária ou praticar ou abster-se de fatos previstos na legislação tributária a interesse da Administração Tributária).

Entre a lei, esquema geral e abstrato, e a obrigação, relação singular entre pessoas, medeia sempre um fato, ou se configura uma situação, que, segundo o ordenamento jurídico, determina o dever de prestar. A esse fato ou a

essa situação denomina-se fonte ou causa geradora da obrigação. Nascendo o crédito como resultado do acontecimento social tal e qual o tipo figurado na norma tributária, e, como consequência, da obrigação tributária, que se instaurou com o fato gerador, surge, em tempo igual, o crédito tributário (relação abstrata entre o sujeito ativo e o passivo). Daí aprendermos a lição de que a obrigação tributária tem duas fontes: uma, imediata, a lei, e outra, remota, que é o fato jurídico tributário, entendido como acontecimento dentro dos limites da fonte imediata.

Obrigação tributária é um vínculo de direito – poder – dever, pelo qual uma pessoa assume o dever para com outra de dar-lhe ou fazer ou não fazer alguma coisa, ou ainda tolerar algo que constitua manifestação de poder dessa outra pessoa. É uma relação subjacente a um acontecimento social incidente na norma, fazendo surgir, incontinenti, uma outra relação abstrata, o crédito.

Segundo Rubens Gomes de Souza, citado por Walter Gaspar Filho, a obrigação tributária é o poder jurídico por força do qual uma pessoa (sujeito ativo) pode exigir de outra (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa (objeto da obrigação) em virtude de uma circunstância reconhecida pelo direito como produzindo aquele efeito (causa da obrigação).

Com o vínculo obrigacional, instaura-se a relação débito – crédito.

## 6. Crédito tributário

O crédito tributário surge com o nascimento do vínculo obrigacional, o qual liga os sujeitos ativo e passivo às prerrogativas, de um lado, e o dever de cumprir a prestação do outro – sendo obviamente a prestação.

A ocorrência do fato gerador faz nascer a obrigação tributária; enquanto obrigação, o crédito decorrente é apenas existente abstratamente, porquanto ainda é inexigível, ilíquido e incerto, tornando-se certo, líquido e exigível com o

lançamento da obrigação, e deixando esta de ser mera obrigação para se transmudar em crédito tributário. O crédito tributário é, assim, a obrigação tributária que, em razão do lançamento, torna-se líquida, certa e exigível. Se esse já líquido, certo e exigível, não for pago ou extinto, será objeto de outro procedimento administrativo (dentro de um todo, chamado lançamento): sua inscrição na dívida ativa tributária com presunção de certeza, liquidez e executável, constituindo-se em título executivo extrajudicial, possibilitando o sujeito ativo a sua execução forçada.

O crédito tributário é o direito que o sujeito ativo tem de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação tributária. É a obrigação quantificada e qualificada.

## 7. Lançamento

Existente o crédito com o surgimento da obrigação tributária, para se tornar exigível, ao comando da lei, pelo sujeito ativo, é necessário o desempenho de uma atividade administrativa, objetivando investigar a ocorrência desse fato, quantificando-o, certificando-o e tornando-o exigível.

Lançamento é, assim, uma sucessão de formalidades: atos jurídicos e operações burocráticas, que se desempenham dentro de um certo período de tempo, objetivando a certeza e a liquidez do crédito tributário já existente, com a ocorrência do fato gerador e instaurada a obrigação.

Com o lançamento iniciado, instaura-se a relação jurídico-fiscal entre a administração tributária e o contribuinte, surgindo um processo que se desdobra em fases, resumidas em duas: a oficial – de iniciativa do Fisco – e a contenciosa – que se inicia com a participação do sujeito passivo, através de sua contestação.

Quanto à natureza jurídica, o professor nos traz a conhecer opiniões sobre ser o lançamento ato administrativo ou procedimento administrativo. Como

ato, é entendido como uma manifestação da vontade de um órgão, um ato que exprime uma vontade juridicamente relevante. Como procedimento, definição dele também, é uma sucessão de formalidades (atos jurídicos, prazos, mera execução de matérias burocráticas), que objetiva constituir o crédito tributário, isto é, investigar todas as circunstâncias que envolvem a identificação do dever jurídico de pagar um tributo: desde que a verificação da ocorrência do fato gerador tributário até o quanto a pagar, passando pela individuação do sujeito obrigado.

E não sendo, na sua concepção, o lançamento um ato, simplesmente, não pode o auto de infração operar lançamento, assim, do mesmo modo, como entendemos, porque se o auto de infração é um ato inicial do procedimento, não pode operar, por si só, o lançamento, mesmo porque está ele no seu início, na fase oficiosa, do lançamento constituído, na fase contenciosa, com a impugnação do sujeito passivo.

É importante o estudo da natureza jurídica do lançamento para se chegar aos seus próprios efeitos como, por exemplo, o de tornar o crédito existente em exigível, a sua última formalidade marcar o fim do período de decadência e o início do termo de prescrição.

É uma condição legal da qual depende o seu efeito de tornar exigível o crédito tributário já existente desde a ocorrência do fato gerador e por ser sucessão de formalidades, todas têm que ter um motivo legal, uma previsão abstrata feita pela norma jurídica em nível de

lei, ou seja, tem de ser previsto em abstrato e em geral pela lei. É uma atividade administrativa vinculada, a lei é que determina seu conteúdo, modo, tempo e forma para o seu cometimento, só podendo ser alterado, qualquer que seja seu estágio, nos termos do art. 145 e parágrafo único do art. 149, do CTN.

A modalidade "por homologação" guarda a mesma natureza jurídica das demais, observando as mesmas formas prescritas em lei.

É uma atividade complexa, que consiste na técnica da tipicidade.

Marco Aurélio Greco divide as fases do lançamento em oficiosa e contenciosa dentro da imposição integrativa equivalente ao procedimento da dívida ativa e a da compulsão, que é a fase da execução (fiscal).

O crédito devidamente constituído (regularidade da constituição) – quando a autoridade administrativa percorre todo o item legal descrito no art. 142 do CTN. Crédito definitivamente constituído (inalterabilidade da Constituição) – quando se encerra o tempo útil para qualquer das três providências estipuladas no art. 145.

O Código admite a constituição provisória, quando sistematicamente diz que o crédito se constitui pelo lançamento (art. 142, CTN) e a constituição definitiva desse crédito (art. 174, do CTN), o que acontece dentro do prazo da constituição provisória, abrangendo também e até a definitiva é de decadência.

O lançamento é essencial para que os tributos possam ser cobrados, isto é, exigidos pela administração, embora possam ser recolhidos pelo sujeito passivo antes do lançamento.

Lançamento direto, se todos os dados para a tipificação (art. 142 do CTN) são colhidos objetivamente, sem precisar de informações do sujeito passivo, porque se carecer, então o lançamento se fará tomado como referência inicial, essa manifestação subjetiva que reclama fidelidade de quem a emite, sob as penas da lei.

O professor nos ensina que, pelo sistema do CTN, o crédito tributário somente se constitui, vale dizer, somente é exigível ou cobrável, com o procedimento tendente a identificá-lo com os elementos descritos na hipótese do fato debuxado pela norma jurídica tributária. Então, esse lançamento, esse procedimento tem como eficácia tornar o crédito existente, com o nascimento da obrigação tributária, em exigível e, com ele concluído, termina o prazo de decadência, e é marco para que o sujeito ativo execute este seu crédito, já exigível, iniciando-se assim o prazo prescricional.

A inscrição desse crédito já constituído, definitivamente, é objeto da for-

mação do título executivo, nos termos do artigo 585 do CPC.

Toda obrigação tributária necessariamente deve ser objeto de um lançamento tributário. Esse procedimento administrativo, como entendemos, visa dar liquidez e certeza ao direito do sujeito ativo, tornando-o exigível: Diz-se então, que o lançamento tributário faz valorização qualitativa e quantitativa do fato gerador da obrigação tributária no sentido de tornar o direito de crédito do Fisco, líquido, certo e exigível.

O lançamento é procedimento administrativo privativo do sujeito ativo, embora seja delegada alguma ou total participação do particular, sem perder a sua natureza vinculativa, e daí se diferenciam às espécies de lançamento e seu titular continua, repetimos, sendo a administração.

Há quem diga ser o lançamento ato constitutivo, que tem por fim constituir um direito, e há quem defina como ato declaratório, que determina o crédito, já existente, reconhecendo um direito, e há quem o diga ato de aplicação do direito.

## 8. Decadência e prescrição

No sistema do CTN, segundo Zelmo Denari, a exteriorização do direito subjetivo (prerrogativas do poder de crédito) do ente público só pode coincidir com a ocorrência do pressuposto, pois este explica a gênese da obrigação tributária. E conclui que aqueles que se filiam à teoria declarativista têm que defender a tese da inexistência de termo decadencial em direito tributário. E aquele que admite a teoria constitutivista cede à existência dos dois institutos. O lapso que se inicia a partir do fato gerador é o decadencial; e o prescricional, o que sucede ao provimento admi-

nistrativo. E acrescenta que, para os que acham que a obrigação tributária e o correlato direito subjetivo (poder, prerrogativa) de crédito se aperfeiçoam em momento final do procedimento fiscal, existe mais de um termo decadencial.

Assim, teremos um prazo decadencial do direito de iniciar a constituição do crédito tributário - art. 173, I, do CTN. O outro, relaciona-se com o direito de constituir definitivamente o crédito tributário, isto é, com o direito de concluir o procedimento fiscal já iniciado; o seu início seria a lavratura do auto de infração, querendo, contudo, segundo o citado estudioso, dizer que o parágrafo único do art. 173 do CTN também considera como termo inicial do segundo período decadencial. Diz o art. 174 do CTN para o erudito, que começa o prazo prescricional no momento da exequibilidade e não da constituição que tornou o crédito exigível, mas, também, e se acompanhado do título executário - inscrição na dívida ativa.

A decadência tem, para nós, como pressuposto, um direito que, mesmo tendo nascido, não se tornou efetivo por falta de exercício.

A prescrição é a perda do prazo para a propositura de ação asseguratória. Sem a ação, o direito existe, é exigível, mas está inerte. Começa a ser contado o prazo prescricional desde o momento em que está o direito de ação constituído definitivamente.

A decadência atinge o direito em si, a prescrição atinge a ação de cobrança.

O lançamento serve de marco divisorio entre a decadência e a prescrição, isto é, do fato gerador ao lançamento em definitivo e do lançamento definitivo até cinco anos com a inércia do sujeito ativo.

## BIBLIOGRAFIA

- (1) BRITO, Edvaldo. *A Teoria do Crédito Tributário no Direito Brasileiro*. Revereor. Estudos Jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da UFBA. 1891-1981. Ed. Saraiva, 1981.
- (2) \_\_\_\_\_. *Critérios para Distinção entre Taxa e Preço*. Abril/1985.
- (3) \_\_\_\_\_. *O Lançamento*. Junho/1987.
- (4) \_\_\_\_\_. *Taxas em Razão do Exercício do Poder de Polícia*. I Congresso Internacional de Estudos Tributários e IV Congresso Interamericano de Tributação. São Paulo/1980.
- (5) GASPAR FILHO, Walter. *1.000 Perguntas. Direito Tributário*. 4.ed. Ed. Rio.
- (6) NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *Pontos de Direito Tributário e Legislação Fiscal*. 1986.

## CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA

JOSÉ ABREU FILHO \*\*

1. Honrado com o convite que me foi formulado pelo dileto amigo e eminente Professor FRANCOLINO NETO, digno Diretor da Faculdade de Direito de Ilhéus, da Universidade de Santa Cruz, para proferir uma palestra sobre um tema de Direito Civil, nas festividades comemorativas dos trinta anos de fundação desta conceituada Casa de Ensino, pareceu-me oportuna uma abordagem sobre o direito de família, ramo mais polêmico da frondosa árvore civilista, tendo em vista as profundas alterações que ele vem sofrendo, em boa hora, desde a lei divorcista, complementadas com as modificações que foram trazidas no bojo da Carta Constitucional de mil novecentos e oitenta e oito e, mais recentemente, com as projeções inovadoras contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que passou a integrar o nosso direito, a partir do mês de outubro do corrente ano. Embora nosso direito familiar esteja carente de uma revisão horizontalizada, a ser empreendida no ensejo da elaboração de um novo Código Civil, de consumação tão retardada, arredado que foi o magnífico trabalho de nosso saudoso conterrâneo, o Professor Orlando Gomes, e em demorada tramitação, em nossas Casas Legislativas, o Projeto 634-B, de autoria do eminentíssimo Professor Miguel Reale, que já conta quinze anos, urge

reconhecer que o primitivo direito familiar vem sofrendo alterações justas e profundas, dando ensejo a uma nova legislação brasileira de família. Este importante ramo do direito civil, campo fértil para a germinação de inúmeras controvérsias doutrinárias, merece, mais freqüentemente, revisões temporárias, para que seus institutos possam sofrer as alterações que a sociedade reclama, resultantes das mutações de princípios outrora sacramentais, originários de influências espúrias, e que devem ser objeto de uma adaptação aos ditames resultantes de um novo posicionamento da sociedade e de seus princípios éticos. Na constelação do direito civil é, sem dúvida alguma, a seara familiar uma estrela de primeira grandeza, por ser a família a célula mater da sociedade, concepção esta que remonta às fontes romanas, em que se entendia que somente haveria um Estado forte onde houvesse uma família fortalecida, definida esta última, por Cícero, como o *seminarium reipublicae*. LAURENT, o grande civilista francês, escrevendo sobre o casamento, como instituto fundamental do direito familiar, elevou-o à condição de "fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada", consagrando a concepção romana que foi, durante muito tempo, um cânones do direito de família. (1)

\* Palestra proferida nas festividades comemorativas dos trinta anos da Faculdade de Direito de Ilhéus da Universidade de Santa Cruz, em 23.11.90.

\*\* Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia, Professor de Direito Civil da UCSal, Membro efetivo da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Este direito, portanto, é marcado pela controvérsia e é essencialmente dinâmico, refletindo as mutações freqüentes resultantes do pensamento dominante da sociedade a que ele se destina. A própria integração do direito de família ao direito privado, departamento que é, do direito civil, é objeto de contestações, o mesmo sucedendo com a natureza jurídica de seus institutos. Sem que se adote, pela ótica exagerada que consagra, a postura de ANTONIO CICU, emérito civilista italiano, que quer filiar o direito de família ao campo do direito público, (2) forçoso, contudo, é que se reconheça que o direito familiar mostra uma tendência para o aludido ramo do direito, como assinalou RUGGIERO, ao escrever, em suas "Instituições", "que todas estas particularidades conduzem a concluir que o direito de família se destaca, nitidamente, das restantes partes do direito privado, tendendo para o direito público". Assinala, mais adiante, concluindo seu pensamento, o festejado jurista italiano, divergindo da postura exagerada de seu conterrâneo, ANTONIO CICU, e no que respeita à filiação do direito familiar, que não se pode afirmar que este direito seja, propriamente, ramo do direito público, aceitando, contudo, que ele se destaca do restante do direito privado, "de modo a se constituir numa espécie a parte" (3).

Esta índole publicista do direito e instituições familiares são constatadas aqui e alhures. A autonomia privada, por exemplo, conceituada por CASTRO Y BRAVO como sendo "o âmbito de independência e de liberdade que a Lei confere a determinada pessoa", que é da própria essência e substância do direito civil e um dos seus cânones, não encontra, no território do direito familiar, campo fértil para medrar. Daí por que os negócios jurídicos de índole familiar foram, com absoluta procedência, enquadrados pelo eminentíssimo mestre chileno RAMON AGUILA como negócios-condição, caracterizados por ele, como tais, aqueles em que a autonomia privada e a liberdade de criar vínculos jurídicos

sofrem inúmeras restrições, a ponto de se discutir a sua própria natureza ne-gocial, como sucede com o casamento, a adoção e outros institutos – que são reputados por alguns como autênticos atos jurídicos e jamais como negócios jurídicos (4). Ainda no direito de família, e reforçando a tese da tendência publicista de seus institutos – a lei estabelece a subversão de princípios tradicionais do direito civil, como ocorre, por exemplo, com o casamento putativo, que se traduz, em última análise, no reconhecimento de efeitos jurídicos resultantes de um ato nulo, procurando se subsidiar essa postura juridicamente contraditória na existência de boa fé de um ou ambos os cônjuges, embora, na essência, o que se deseja é a salvação do casamento e a legalização de uma união, para fortalecer a família que se defende avidamente. A adoção dos princípios das nulidades textuais (*pas de nullité sans texte*) e a criação da teoria da inexistência, fruto da genialidade de VON ZACHARIAE, são também demonstrativos da tendência publicitária das normas de direito familiar, motivo por que nesse ramo do direito civil, contradiitoriamente ao seu indiscutível dinamismo, as reformas encontram, sempre, sérios obstáculos, sobretudo num país como o nosso, em que a Igreja Católica e os princípios do direito canônico se constituíram no pano de fundo do cenário desse ramo do direito.

2. As referidas conotações e tendências, entretanto, não resistem, via de regra, ao clamor e à realidade sócio-econômica, embora sejam responsáveis pelos retardamentos tão prejudiciais à adoção de novos rumos e de instituições modificadas. Todos nós nos lembramos da luta ardorosa de NELSON CARNEIRO, nosso eminentíssimo conterrâneo, para conseguir implantar o divórcio em nossa legislação civil, conquista esta já tão reclamada por todos como uma solução para os casamentos falidos, e como meio hábil de impedir a saída para a sociedade concubinária, ante a impossibilidade de se conseguir a dissolução do vínculo matrimonial. A Lei 6.515/77,

entretanto, embora se constitua num passo agigantado para a criação de um novo direito familiar, foi, entretanto, marcada pela timidez, fruto de concessões aos radicalismos obstaculosos, podendo eu afirmar, em meus modestos Comentários sobre esta lei, que ela trouxe, em seu bojo, um divórcio à moda da casa, que deixou muito a desejar, louvada a nova legislação, paradoxalmente por trazer outras conquistas, como autêntico cavalo de Tróia, pertinentes, sobretudo, aos problemas da filiação, iniciando-se, com ela, a erradicação de preconceitos e instaurando-se o princípio salutar da igualdade dos filhos, no que concerne aos direitos sucessórios. A Constituição republicana de 1988 foi, entretanto, o passo mais agigantado que nosso ordenamento jurídico deu para a elaboração do novo direito brasileiro de família, proclamando o legislador a família concubinária, que é realidade social indiscutível, e cuidando de sua disciplinação, ratificando, outrossim, a tese consagrada no texto da lei divorcista, no que respeita à erradicação de discriminações pertinentes à filiação. Veio, por último, o Estatuto do Menor e do Adolescente, que também inovou no campo da filiação, introduzindo algumas modificações pertinentes à proteção dos filhos e alterando o instituto da adoção. Minhas palavras, portanto, diletos ouvintes, objetivavam o exame da nova fisionomia do direito familiar, examinando as profundas alterações contidas nas leis que traçam o perfil do novo direito brasileiro de família.

3. Nossa direito civil, disciplinando por um código notável – quer quanto à forma, quer quanto à sua substância jurídica, vigente desde 1º de janeiro de 1917, após um *vacatio legis* de um ano – é marcado, no que respeita ao direito de família, por uma influência exacerbada da Igreja Católica e pelos princípios consagrados pelo direito canônico. É com muita razão que meu ilustre confrade e emérito civilista, PEDRO MANSO CABRAL, afiança que “no Brasil os progressos no direito de famí-

lia têm se dado com muita lentidão”, registrando que, “para ilustrar esta assertiva, basta atentarmos para o fato de que só tivemos aqui lei regulando o divórcio em 1977. Quando em todo o mundo este tipo de dissolução do matrimônio já estava regulamentado, é que conseguimos o reconhecimento de que o divórcio é uma realidade que o direito não pode ignorar” (5). Essas influências espúrias contribuíram, decididamente, para barrar qualquer idéia de modernização de nosso direito de família, conceituado seu instituto fundamental, o casamento, como algo que extrapolaria os princípios jurídicos, para se revestir de características absolutamente estranhas à sua feição diante do direito, como, alfas, avverte, em seu “Direito de Família”, nosso saudoso confrade ORLANDO GOMES, que sublinha que o conceito de casamento é geralmente dado com referência a elementos espirituais ou morais que uma noção jurídica verdadeiramente não comporta (6). A efetiva abertura de nosso direito de família para a realidade que o circundava, ladeado que era por legislações avançadas, no que respeita à dissolução da sociedade conjugal, e à postura das legislações modernas, no que concerne aos filhos batizados de ilegítimos, foi lograda com o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que, rotulada como a Lei do Divórcio, foi, na realidade, o que menos trouxe no seu contexto, tantas e tão grandes as limitações impostas à sua obtenção. Como um autêntico cavalo de Tróia, entretanto, a nova lei continha, nas suas entradas, verdadeiras conquistas para o direito familiar, sobressaindo-se, como a mais justa e oportuna, a erradicação de preconceitos pertinentes aos direitos sucessórios dos filhos chamados espúrios, postos numa situação de relativa igualdade.

De 1977 para a frente, com a aplicação diurna da lei divorcista pelos juízes e tribunais, desmascarou-se a propalada derrocada da família, que era o carro-chefe dos que se opunham à adoção do instituto em nossa legislação, verificando-se, com o auxílio da estatís-

tica, que os propalados temores não teriam a menor justificativa. Esta realidade animou os legisladores constitucionais de 1988 a adotarem uma postura mais liberal, que a sociedade e a experiência recomendavam. E a Constituição republicana de 1988, no que respeita ao direito de família, veio cheia de justas inovações, que são credoras dos aplausos gerais. Dentre tais medidas, podemos destacar o novo conceito de família, que estrapola da que emerge, exclusivamente, do casamento; reconhecimento da igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal e na sua chefia; modificações pertinentes à postulação do divórcio e da separação judicial e finalmente profundas modificações referentes à situação dos filhos ilegítimos e adotivos. Tais inovações serão merecedoras de uma apreciação sumária. Em primeiro lugar, façamos uma análise do novo conceito de família, que merece os nossos aplausos pela consagração que se faz de uma realidade preexistente e indiscutível fato social que o direito não pode ignorar.

4. O legislador constitucional de 1988, no Capítulo VII, e sob a rubrica “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, após enfatizar que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (caput do art. 226) e se referir ao casamento civil e religioso com efeitos civis, nos parágrafos primeiro e segundo, estabelece, no § 3º, um novo conceito de família, ao registrar que a união concubinária é considerada como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. Essa disposição constitucional se constitui na abertura de novos rumos, inovando substancialmente frente às constituições anteriores de nosso País, desde a de 1891, e divorciando-se, ousíssim, de outras cartas constitucionais, onde a proteção do Estado à família se refere à instituição familiar proveniente do casamento. A disposição constitucional ora examinada parece-nos digna de aplausos, porque, sendo o direito um fenômeno social, não se pode ignorar uma situação preexistente, não podendo

considerar-se o princípio inovador como estabelecente de uma igualdade entre casamento (civil e religioso com efeitos civis) e concubinato, meramente introduzindo o mandamento, deveras oportunamente, da necessidade de uma disciplinação das relações concubinárias, cujas repercussões jurídicas já são objeto de estatutos legais esparsos e da própria jurisprudência sumulada do egrégio Supremo Tribunal Federal. Com efeito, se analisarmos o concubinato frente ao nosso direito positivo, vamos verificar que ao lado do tratamento hostil que lhe devota o Código Civil, como, por exemplo, o princípio do art. 248, IV, da aludida Lei, que libera a mulher casada, livremente, a reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina, afora outras disposições como as contidas nos arts. 1.177, 1.719, III e 1.720 – todas discriminadoras da concubina e pertinentes a doações e legados que a beneficiem, refletindo, tais princípios, a postura da nossa Lei Civil frente à sociedade concubinária, constata-se, de outro lado, e através de diferentes leis, uma atenuação dessa posição primitiva, logrando o concubinato, gradativamente, o reconhecimento de nosso direito, viabilizando-se a identificação dessa união como um fato jurídico, o que levou o legislador constitucional a se render a esta realidade e estabelecer o mandamento do § 3º do art. 226, que nada mais faz que reconhecer a necessidade da disciplinação do concubinato através de Lei Complementar, jamais igualando este ao casamento. Efetivamente, existem diversas leis esparsas que mudam, completamente, a fisionomia do concubinato frente ao nosso direito positivo. Tais leis se referem ao concubinato como figura resultante da vida em comum, apta ao reconhecimento de nosso direito positivo e de nossa jurisprudência, como capaz de gerar consequências jurídicas, não entrando, como geradora de semelhante conceito, o simples relacionamento sexual entre o homem e a mulher, demandando-se, sempre, a caracterização de uma união estável (como fala o

texto do § 3º do art. 226 de nossa Carta Constitucional vigente), uma situação análoga a um autêntico casamento não formalizado. Tem tal índole as seguintes leis: Lei das Estradas de Ferro (Decreto 2.681/12); Lei de Acidente do Trabalho (Dec. 3.724/44, Lei 6.367/76); Leis previdenciárias (Lei 3.807/60 e Decreto 80.083/79); Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73 – art. 57); Lei do Imposto de Renda (Lei 4.242/63); Lei do Divórcio (Lei 6.515/77 – art. 45); todas reconhecendo direitos pertinentes à concubina.

5. Idêntica e louvável, outrossim, a postura da nossa Corte Excelsa, através das súmulas de números 35, 380, 382 e 447, do egrégio Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a primeira, em caso de acidente do trabalho ou de transporte, o direito da concubina de ser indenizada pela morte do amálio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio; estabelecendo a segunda (380) a viabilidade da declaração da sociedade de fato, entre os concubinos, permitindo-se, se comprovada esta, sua dissolução judicial, com a consequente partilha do patrimônio adquirido com o esforço comum; admitindo a de n. 382 a dispensabilidade da vida em comum *more uxorio* para a caracterização da sociedade concubinária e finalmente a de n. 447, estabelecendo a validade de disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina.

Os princípios agasalhados nos textos das leis a que nos reportamos e o próprio posicionamento da jurisprudência do pretório excuso, secundada por outras cortes judiciais nacionais, desguaram, em boa hora, na Carta de 1988, reconhecida a união concubinária como um autêntico fato jurídico, e estabelecendo-se a necessidade de sua disciplinação através de Lei complementar e *a latere* do casamento civil, que é mantido da sua tradicional postura, a ele igualado o casamento religioso com efeitos civis.

A respeito do problema do concu-

binato e de sua efetiva posição no cenário jurídico nacional, após a consagração, em nossa Carta Constitucional, do princípio do art. 226, § 3º, que enquadra o concubinato na categoria de entidade familiar – para protegê-lo, ao lado do casamento, merecem guarda e integral apoio de nossa parte as justas ponderações contidas em dois magníficos artigos publicados na Revista da AMB, o primeiro escrito pelos doutores BENEDITO SILVÉRIO RIBEIRO e EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA, sobre a exata dimensão da inovação de nossa Constituição, no que respeita ao concubinato, versando o outro, da lavra dos doutores RICARDO PENTEADO DE FREITAS BORGES e CAETANO LAGRASTA NETO, sobre o tema “*União estável e Juízo competente*” (7). Os eminentes articulistas sustentam, com absoluta procedência, que o Texto Constitucional não alcança qualquer espécie de união extraconjugal, e muito menos a vida em comum entre pessoas do mesmo sexo, entendendo, com toda razão, que a norma constitucional incide para amparar aqueles que vivem como “companheiros” “em situação de aparente matrimônio ou de casamento de fato, conforme já vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência”. No que respeita à competência, analisam os articulistas a questão pertinente à atribuição para dirimir causas derivadas de uniões concubinárias, em decorrência do novo enfoque constitucional, indagando se estariam afetas ao conhecimento e deslinde pelos juízes da Vara de Família ou se permaneceriam submissas aos juízes cíveis, tendo em vista a inovação constitucional que alude à *união estável* como entidade familiar. E opinam, com absoluta correção de argumentos, para a adoção da tese da competência dos juízes cíveis, como anteriormente ocorria, referendado este ponto de vista por decisões de nossas Cortes de Justiça, com citação de vários acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, decidindo conflitos de competência, entre juízes cíveis e de família, estabelecem a manutenção desta como da

atribuição dos magistrados das Varas Cíveis. Valem transcritos os argumentos esposados pelo eminentíssimo Des. NOBREGA SALLES, no Conflito de Competência n. 9775-0, em que se discutia o foro competente diante da inovação constitucional contida no art. 226, § 3º, ao assinalar:

"Isso não representa que as questões envolvendo concubinos tenham sido erigidas à condição de QUESTÃO DE ESTADO. O concubinato continua a ser uma sociedade de fato, merecedora da proteção legal, sem o caráter especialíssimo que se lhe quer emprestar. Competente, portanto, o Juízo Civil".

6. Outra boa inovação foi a resultante da nova posição dada à mulher na sociedade conjugal. Nossa lei civil, pelo mandamento do art. 233, estabelece que "o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos". Erradicou o legislador constitucional esse predomínio do homem sobre a mulher, para colocá-los num prisma de igualdade, sob a égide de uma disposição que elimina a cogitação de chefia, pretendendo, com isto, estabelecer o consenso e o diálogo entre os cônjuges. Esta inovação, que nos parece justa, está inserida no texto do art. 226, § 5º, da nova Constituição Brasileira, que tem a seguinte redação:

"Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (grifos nossos).

Com arrimo nessa igualdade, natural a uma sociedade que resulta do casamento, em que deve sempre existir o consenso entre marido e mulher, dado à comunidade de vida – identidade de propósitos e finalidades comuns buscados pelos cônjuges –, modificam-se várias atribuições que outrora eram delegadas ao marido, em razão daquela chefia que ruiu, como consequência da implantada igualdade dos cônjuges. Assim, já não mais tem o marido o direito de fi-

xar o domicílio da família, representá-la legalmente, administrar-lhe os bens (tanto os comuns, quanto os particulares da mulher), caindo, também, a prevalência da autorização paterna para que o filho(a) contraia núpcias, devendo resultar esta do consenso entre marido e mulher. Se a divergência se estabelecer, caberá ao juiz competente, como já compete em certos casos, decidir em favor da prevalência de um ou outro ponto de vista.

Alterou-se, outrossim, em razão da nova Carta Constitucional, e, a nosso sentir, positivamente, a situação dos filhos – que teve início, como vimos, através da Lei do Divórcio, que inovou substancialmente, erradicando desigualdades intoleráveis. A aludida lei estabeleceu a igualdade de direitos sucessórios, erradicando preconceitos que resultavam de uma concepção arcaica e que refletia a idéia de "filho pecaminoso", originária da posição radical da Igreja Católica, no que respeita aos filhos que não fossem resultantes das justas núpcias dos pais e da feição sacramental do casamento. Adulterinos e incestuosos, sobretudo, eram os mais estigmatizados, porque ambos considerados como frutos de relações pecaminosas dos pais, gerando situações de desigualdade frente aos demais filhos. Rotulando os filhos de acordo com sua procedência, naturais (resultantes da união de pessoas não-casadas ou de simples relações sexuais entre elas), incestuosos (nascidos da união de pessoas impedidas de contrair matrimônio, dado à existência, entre elas, de parentesco consangüíneo, impeditivo de casamento), adulterinos (resultantes do adultério do pai, da mãe ou ambos), legítimos (aqueles nascidos de justas núpcias) e legitimados (aqueles que tiveram sua situação legalizada com o casamento posterior de seus pais, que não eram casados na oportunidade do nascimento). Os filhos, assim, num sistema preconceituoso e discriminador, eram rotulados como mercadoria em mercadinho, tais como, por exemplo, leite longa vida, leite em pó, leite instantâneo, leite desnatado, leite integral...

A Carta Magna brasileira merece, assim, nossos aplausos, mais uma vez. O art. 227, § 6º, de nossa Constituição, estabelece, *in verbis*:

“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (grifos nossos).

É a sonhada igualdade, prevista pelo meu querido confrade MANSO CABRAL em sua substanciosa tese, elevada a mandamento constitucional. O princípio é introdutor da tão sonhada horizontalidade de direitos entre os filhos, independentemente da análise de suas procedências. Afinal, os filhos são todos iguais. A norma constitucional, como é óbvio, acarreta, como consequência do cânone da igualdade, a derrocada de princípios consubstanciados em estatutos legais retrógrados, que hoje se constituem em letra morta. Pode hoje, sem dúvida nenhuma, o adulterino demandar o reconhecimento de sua paternidade na constância da sociedade conjugal e não somente a postulação de alimentos em segredo de Justiça. Pode, como é lógico, o pai adulterino registrar seu filho e reconhecê-lo a qualquer tempo. Qualquer que seja a natureza da filiação, pode o filho legitimar-se à propositura da ação declaratória da paternidade. O filho adotivo, por seu turno, terá seus direitos sucessórios reconhecidos, igualitariamente, arredadas as diferenças entre a adoção plena ou simples, tudo isto resultante da grande conquista expressada na Constituição vigente.

Não se limitou, contudo, a nova Constituição às inovações que apontamos até aqui, pertinentes ao direito de família. A Lei do Divórcio sofreu, também, algumas modificações, que nos pareceram oportunas e justificáveis.

Como já tivemos oportunidade de afiançar, o divórcio brasileiro, cujo acesso ao nosso direito positivo encontrou sérias dificuldades, tornou-se realidade através da Lei 6.515/77, Estatuto

que me parece criticável pela timidez com que é tratado o instituto e pelos óbices que se colocaram para sua obtenção. A Lei do Divórcio inspirou-se na matriz francesa, cogitando, como assinalou meu saudoso confrade, Prof. ORLANDO GOMES, da punição do cônjuge que infringe certos deveres matrimoniais, sem olvidar a diretriz de remediar situações conjugais insustentáveis, consoante está previsto nas legislações belga, francesa e brasileira, ao lado de uma outra postura, mais avançada, a que se filiaram as legislações inglesa, holandesa, alemã e italiana, consistente na submissão do divórcio, única e exclusivamente, na idéia do casamento falido (8). A Carta Constitucional de 1988 também se projeta sobre o divórcio e a separação, estabelecendo algumas modificações no que tange ao tempo para a conversão da separação judicial em divórcio, reduzindo-se, também, o prazo de separação de fato para um tempo menor, permitindo-se, após sua fluência, a postulação do divórcio direto. O art. 226, § 6º, tem a seguinte redação, *in verbis*:

“O casamento civil pode ser dissolvido, pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Em decorrência do mandamento constitucional, foram modificados os princípios contidos no art. 25 da Lei do Divórcio, que trata de uma de suas espécies, o obtido por conversão, restringindo-se para um ano o prazo, que era, no aludido artigo, de três anos. Por outro lado, a separação fática, que legitimaria o cônjuge a postular o chamado “divórcio direto”, e que deveria perdurar por cinco anos, passou a ser de dois anos completos.

7. Impregnada pelas diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, insere, no texto do art. 20, o princípio da igualdade

absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua procedência, que se originem eles do casamento civil ou da união extraconjugal, ou mesmo que promanem da filiação adotiva. Este princípio fora, no que tange à herança, consagrado em 1977, no texto da Lei do Divórcio, constituindo-se numá de suas mais louváveis inovações, objeto da assinalação do Capítulo IV, da aludida Lei, integrativa do elenco das disposições finais e transitórias. Ali se registra a importante alteração no texto da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, emprestando-se ao art. 2º, do aludido Estatuto, disciplinador do reconhecimento dos filhos ilegítimos, a justa e oportuna alteração contida na Lei do Divórcio, passando o aludido dispositivo, segundo o princípio do art. 51, 2, da referida lei, a ter a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 2º (da Lei 883/49). Qualquer que seja a natureza da filiação, o DIREITO À HERANÇA será reconhecido EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES”.

Num cenário impregnado de muita timidez, como o da Lei 6.515/77, foi esta, sem dúvida, a mais audaz das inovações. No contexto da nova lei e ainda nas disposições finais e transitórias, o legislador do divórcio esboçava uma abertura para futuras conquistas, inserindo um indiscutível avanço, ainda no que concerne ao texto da Lei 883/49, e ao seu art. 1º, que teve a acrescentação do parágrafo, que se transformaria em 1º, pela Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984, com esta redação:

“§ 1º – Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, EM TESTAMENTO CERRADO, aprovado antes ou depois do casamento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

Vislumbra-se, no texto do parágrafo que fora acrescido pela Lei do Divórcio, a timidez com que se houve o legislador, impregnada a alteração daquela postura reverente e protecionista ao filho legítimo e ao casamento civil, sen-

tindo-se, nos cuidados contidos na norma, a presença daquela concepção discriminadora que sempre existiu da parte do nosso direito, proveniente da concepção do filho pecaminoso, como seria o resultante do adultério, refletindo a influência da Igreja e do direito canônico em nosso direito familiar. Exigiu-se a privacidade de um testamento cerrado, para, por certo, não gerar escândalos, felizmente adicionando-se a justa determinação da irrevogabilidade da declaração nele contida, que merece aplausos. Onze anos decorridos dessa salutar inovação, a Constituição republicana e a nova disciplinação do menor e adolescente, esta decorridos treze anos, instauraram o justo princípio da viabilidade ilimitada do reconhecimento de filhos ilegítimos, proclamada, agora, na Lei 8.069, nos textos dos arts. 26 e 27. Ali se proclama, alto e bom som, na esteira do mandamento constitucional, “que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo do nascimento, por testamento (sem se impor o tipo), mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”, acrescentando-se, no texto louvável do art. 27, da mesma lei, “que o reconhecimento do estado de filiação é DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. É a ampla abertura, tão salutar, erradicando uma intolerável discriminação.

No que respeita à família, frente à filiação, o legislador cogita da chamada “família natural”, ao lado de uma outra que denomina de “família substituta”, resultando a primeira (natural) dos pais, ou qualquer deles e seus descendentes, originando-se a segunda (substituta) dos institutos da guarda, tutela ou da adoção, consoante se prescreve no texto do art. 28 do Estatuto. A guarda pode objetivar a legislação da posse de fato de uma criança – sendo autônoma somente em caráter excepcio-

nal, isto é, fora dos casos de tutela e de adoção, em que pode ser concedida liminarmente ou de natureza incidental, possível, a qualquer tempo, de revogação. A tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do pátrio poder e alcança os incapazes, até o advento da maioridade ou da emancipação.

No que respeita à adoção, é de assinalar-se que, hoje, ela é tratada no âmbito do Estatuto e no do Código Civil. Eliminou-se a figura da adoção simples, que integrava, ao lado da chamada plena, o elenco do Código de Menores, que foi revogado expressamente pelo art. 267 do Estatuto. Manteve-se, contudo, na nova Lei a chamada adoção plena, com nova roupagem. Assim, no sistema jurídico brasileiro, conhecem-se dois tipos de adoção: a tradicional, regulamentada pelo Código Civil, arts. 368 a 378, que é denominada de *restrita*, terminologia esta adotada pelo Código Civil português, art. 1.976, e a chamada *plena*, que está inserida no texto do Estatuto, nos arts. 39 a 52 e seu parágrafo único, subseção IV.

Do confronto entre o novo Estatuto e o revogado Código de Menores, verifica-se que a adoção plena não manteve, na nova lei, algumas de suas características anteriores. Desse confronto, resultam as seguintes observações:

- a - a idade mínima dos adotantes passa de trinta anos para vinte e um, bastando que um dos cônjuges ou concubinos tenha esta idade, comprovada a estabilidade da família (art. 42 e seu § 2º);
- b - inexigibilidade do decurso do prazo de cinco anos de matrimônio para o casal adotante;
- c - viabilidade da adoção, aos vinte e um anos, qualquer que seja o estado civil, erradicada a exigibilidade do casamento civil entre os adotantes;
- d - admissibilidade, na nova lei, da adoção conjunta pelos divorciados e os judicialmente separados, desde que haja acordo sobre a guarda e o regime de visitas, exigindo-se, neste caso, que o estágio de convivência

tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal;

- e - inclusão, no novo Estatuto, da diferença mínima de dezesseis anos entre o adotante e o adotado;
- f - a idade máxima do adotado passou de sete para dezoito anos, podendo ultrapassar o limite máximo, se o adotado estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes;
- g - reconhecimento, pelo novo Estatuto, aos adotados, de direitos sucessórios (art. 41), que eram inadmissíveis no Código revogado;
- h - eliminação, pelo novo Estatuto, da exigência de ser o adotado menor em situação irregular, como impunha o Código anterior.

De outro lado, o Estatuto do Menor e do Adolescente manteve a cessação dos vínculos anteriores do parentesco e filiação, salvo os dos impedimentos matrimoniais e a irrevogabilidade do ato, que permanece no texto do art. 48 do Estatuto vigente.

Manteve-se, outrossim, no Estatuto, o sistema da sentença judicial constitutiva, como ocorre no direito francês, para a criação dos vínculos da adoção plena, não merecendo guarda o sistema da homologação.

8. Mister se faz, agora, um confronto entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, porque ambos disciplinam, como vimos, o instituto da adoção, regulamentando o primeiro (Código Civil) a chamada ADOÇÃO RESTRITA e o segundo (ESTATUTO) a chamada ADOÇÃO PLENA. Dado à circunstância de ser a nova Lei do Menor e Adolescente um Estatuto muito recente, desse confronto, por certo, resultarão inúmeras controvérsias. O que me parece indubioso é que os dois tipos de adoção (restrita e plena) perduram, com vigência, em nosso direito positivo, como aconteceu na época do então vigente Código de Menores. São, entretanto, embora institutos semelhantes, dotados de diferenças visíveis, destacando-se, dentre estas, as pertinentes à criação do vínculo e a

forma de constituição deste, que é diferenciada, os objetivos colimados pelos dois modelos e a sua vigência.

No que respeita à constituição do vínculo da adoção, resultará este, no modelo tradicional do Código Civil, da consumação de um negócio jurídico formal, estruturalmente autônomo, que assume a feição, registrada por ORLANDO GOMES, de "um contrato de direito familiar", mesmo que se exija, como em algumas legislações, a homologação judicial (9). Os vínculos serão consubstanciados através de escritura pública, no modelo restrito, sendo esta, como assinala o inc. I do art. 134 do Código Civil, "da substância do ato", referendada pelo art. 375 de nosso vigente Código Civil. No que respeita à chamada adoção plena, que é tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente, os vínculos resultam de sentença judicial (art. 47), que será inscrita no registro civil, mediante mandado, precedida do chamado estágio de convivência - somente dispensável se a criança não tiver mais de um ano ou se o adotando estiver na companhia do adotante, durante tempo suficiente para que se avalie a conveniência da constituição do vínculo, segundo regra contida no § 1º do art. 46 da nova Lei menoril.

No que concerne aos objetivos colimados, também podem ser detectadas diferenças entre a adoção restrita e plena, contidas nos contextos de nosso Código Civil e do Estatuto do Menor e do Adolescente. Na adoção restrita, que perdura no Código Civil, a adoção poderá ser feita por uma única pessoa, ou por duas, exigindo-se, nesta última hipótese, que sejam estas marido e mulher, com a finalidade de integração de alguém, menor ou adolescente, ou mesmo de idade adulta (porque não há limite de idade), no âmbito familiar (se se trata de menor ou adolescente), ou com outros propósitos, de mera convivência, ou, ainda, para que se estabeleçam os vínculos sucessórios, hoje igualitários, para qualquer tipo de filiação. No modelo pleno, previsto e disciplinado pelo Estatuto do Menor e do Adolescente, a fi-

nalidade específica será a colocação de alguém, independentemente de sua condição social, numa família substituta, que se consuma através dos institutos da guarda, da tutela e da adoção. Na plena, haverá, portanto, o propósito inafastável de colocar um menor ou adolescente no âmbito de uma família substituta, o que pode ocorrer, embora não obrigatoriamente, na adoção restrita, no modelo do Código Civil, como assinala anteriormente.

Finalmente, no que respeita à vigência do instituto, podem ser registrados traços diferenciais entre a adoção restrita e plena. No que respeita à primeira, admite-se o desligamento dos vínculos, se o adotado for menor ou interdito, no curso do ano posterior ao da cessação da interdição ou da menoridade (art. 373 do C. Civil). Admite-se, ainda, no modelo da adoção restrita a dissolução dos vínculos: a - mútuo consenso e b - nos casos em que é admitida a deserção (art. 374 do Código Civil e seus incs. I e II). Já no que respeita à adoção plena, ela é IRREVOGÁVEL, segundo expressa determinação do art. 49 do Estatuto.

9. Toda vez que entra em vigor uma nova lei, que, não disciplinando toda a matéria, deixa de se referir, expressamente, para efeito de revogação, aos princípios contidos na lei anterior, disciplinadora de matéria análoga, emergem discordâncias entre os juristas, no que respeita ao alcance da nova legislação e seus efeitos sobre a disciplinação anterior. Embora seja prematura uma afirmação categórica e definitiva em torno do assunto, que irá resultar do trabalho esclarecedor da doutrina e da jurisprudência de nossos Tribunais e dos juízes singulares, numa primeira análise, quer me parecer, como já afirmei, que não houve uma cogitada ab-rogação de quase todas as disposições do Código Civil e referentes ao modelo restrito. Esta opinião é sustentada, com o costumeiro brilho, pelo Professor Pedro Sampaio, em seu festejado trabalho sobre as alterações constitucionais nos di-

reitos de família e sucessões, editado pela Forense. *Data venia* do meu colega e eminente conterrâneo, não concordo com a colocação que faz, sobre a constitucionalidade e a revogação de diversos artigos do Código Civil, integrantes do Capítulo V, que trata da adoção restrita (10). Não me parece, assim, que seja inconstitucional o princípio do parágrafo único do art. 368 do Código Civil, quando admite a adoção por uma única pessoa, o que, para o ilustre colega, se constituiria numa restrição (vedada pela Lei, porque discriminatória) ao direito de se ter dois genitores. Estaria, segundo tal raciocínio, indago eu, se se tratasse, por exemplo, o adotante, de viúvo ou solteiro, impedido de adotar? Esta afirmação iria de encontro aos próprios objetivos da adoção restrita, que nem sempre serão os da integração de alguém numa família substituta, mas subsidiada por outros propósitos, como demonstrei anteriormente. Não aceito, outrossim, e *data venia* mais uma vez, a afirmação da constitucionalidade da exigibilidade da diferença de idade (16 anos) entre adotante e adotado, hoje inserida no Estatuto, uma vez que com a antecipação do limite de idade para adotar, no sistema do Estatuto, que passou de trinta para vinte e um anos, esta exigência é deveras salutar e benéfica para o adotando. Numa apreciação preliminar, eu simplesmente me deparo com duas revogações, resultantes dos novos princípios consubstanciados na Constituição de 1988 e no novo Estatuto, quais sejam, os constantes dos arts. 370 e 377 de nosso Código Civil. No que respeita ao primeiro artigo (370), evidencia-se um choque entre as novas leis e o Código Civil. Equiparada que foi, embora não integralmente, à família legítima a chamada UNIÃO ESTÁVEL

ENTRE O HOMEM E A MULHER, que passou a ser ENTIDADE FAMILIAR (Constituição Federal de 1988, art. 226, § 3º), há que ser considerada, como inconstitucional, a exigibilidade, para a consumação da adoção restrita, por parte de duas pessoas, que sejam MARIDO E MULHER, bastando, a meu sentir, que sejam, estas pessoas, como admite o Estatuto, concubino e concubina, ou esposa e esposo. O outro artigo que também está revogado é o 377, inserido na disciplinação da adoção restrita, que nega direitos sucessórios ao filho adotivo, caso o adotante (ou adotantes) tenha filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, implicando tal discriminação numa agressão a Lei do Divórcio (que estabeleceu a igualdade de tais direitos para todo e qualquer filho) e a Constituição. Admitindo, nos demais aspectos do problema, uma modificação posterior desse ponto de vista, sobretudo pela aferição da matéria pelos nossos juízes e Tribunais, bem como através da doutrina, minha impressão é esta que acabo de assinalar, meus caros colegas.

10. Urge concluir, diletos ouvintes, porque já me reconheço enfadonho, na colocação destas despretensiosas considerações. Elas resultam, entretanto, do exame de uma matéria evidentemente polêmica, em que se torna extremamente difícil a unanimidade de posições – fruto, sobretudo, da experiência de um colega que encaneceu no exercício diuturno de quase quarenta anos de magistratura e que não tem outro propósito senão o de contribuir, modestamente embora, para o brilho da efeméride que estamos todos comemorando, das três décadas de ensino jurídico nesta Faculdade de Ilhéus, que honra, sem dúvida, o conceito de nossa Bahia, no campo do direito. Muito obrigado.

#### REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ( 1 ) LAURENT, L. *Principes de droit civil français.* 5. ed. 2/527.  
( 2 ) CICU, Antônio. *Direito de família.* p.11.  
( 3 ) RUGGIERO, Roberto. *Instituições.* v. 2. p. 30-31.

- ( 4) AGUILA, Ramon D. *Teoria general del negocio juridico.* 1. ed. p. 18.
- ( 5) CABRAL, Pedro Manso. *Filhos - rumo à igualdade.* Tese. 1980. p. 58.
- ( 6) GOMES, Orlando. *Direito de família.* 2. ed. 1976. p. 47-48.
- ( 7) RIBEIRO, Benedito Silvério; BORGES, Ricardo Penteado de Freitas; NETO, Caetano Lagraça. Concubinato e família. União estável e juízo competente. *in Revista AMB* Ano I, Fevereiro de 1990. p. 26 a 31.
- ( 8) GOMES, Orlando. *O novo direito de família. Cinco estudos.* 1979. p. 36.
- ( 9) GOMES, Orlando. *Direito de família.* 7. ed. *Forense, 1987.* p. 351.
- (10) SAMPAÍO, Pedro. *Alterações constitucionais nos direitos de família e sucessões.* Forense, 1990. p. 43.

## PODER DE POLÍCIA E PRISÃO TEMPORÁRIA

JURANDIR J. MOISÉS \*

Segundo o pranteado publicista Hely Lopes Meirelles, "Poder de Policia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

A Policia, integrada na estrutura do Poder Executivo, tem de adstringir-se a uma disciplinação irrestrita pelo Princípio da Legalidade. Nenhum argumento pode justificar a utilização do arbítrio como regra normativa no exercício de suas atividades específicas, por quanto isso se equipararia a uma ausência completa de normatividade.

Se a Policia previne o que a lei veda, tudo quanto se lhe tolera, na prestação de seus serviços, para escapar aos lindes preestabelecidos nos diplomas legislativos, estará contido nos poderes discricionários inerentes ao chamado Poder de Policia, do qual é preciso ter-se uma noção exata.

É bem de ver, de logo, que o Poder de Policia não é o Poder da Policia, pois todos os órgãos do governo o possuem, através de suas secretarias e departamentos, como um pressuposto constitucional, um poder implícito, com a necessária latitude, para possibilitar-lhes a sua própria e peculiar missão finalística. Esse Poder de Policia, coercitivo por excelência, representa uma instrumentação propulsora da administração pública em todos os seus ramos, sem que se discrimine a espécie ou a natureza dos in-

teresses coletivos por ela preservados, no seu funcionamento. Ao contrário do que, não raro, se presume, o Poder de Policia não é, todavia, imune a balizamentos, por isso que se conceitua como expressão de discricionarismo e não de arbítrio.

No âmbito do Poder Judiciário, por exemplo, o Código de Processo Civil, ao buscar reprimir, no seu art. 15, o emprego de expressões injuriosas nas demandas, concede ao juiz *poder de polícia processual*, permitindo-lhe mandar riscá-las, com o sentido de ordem disciplinadora do comportamento das partes na formação do contraditório.

A Policia, na manifestação do seu Poder de Policia, que não é dela privativo, não se apresenta liberta de grilhões no uso dos meios que possam ser reputados oportunos ou convenientes aos seus objetivos. É que a ela só será permitido fazer o que a lei não proíbe ou o que a lei não excetua, na previsão dos fatos infringentes da ordem jurídico-penal. A afirmação traduz que a Policia só pode avançar o sinal até onde separam as vedações categóricas da Constituição ou afronta as configurações do delito no sistema da legislação penal.

É no exercício de uma de suas três subfunções — a polícia de segurança, objetivando as medidas preventivas que, em sua prudência, ela entende como necessárias a fim de evitar o dano ou o perigo para as pessoas, que a Policia tem o *poder de coerção direta*, vale dizer —

\* Advogado. Chefe da Consultoria da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

de criar restrições à liberdade, dentro dos limites fixados por lei. Trata-se de inegável *imperium*, reconhecido como indispensável à prevenção da criminalidade e ao controle da disciplina social, sujeito, evidentemente, a posterior exame pelo Poder Judiciário.

A cada restrição do direito individual – expressa ou implicitamente prevista em norma legal – corresponde equivalente *poder de polícia, de segurança* (visa diretamente às pessoas e só reflexamente às coisas), para torná-la efetiva e fazê-la respeitada, daí constituir necessidade imperiosa da ordem pública.

O regime de liberdade pública em que vivemos assegura o uso normal dos direitos individuais, mas não permite seu abuso, nem pode tolerar sejam eles exercidos de forma anti-social, uma vez que não há liberdade sem limitação, nem direito sem condicionamento, em face dos superiores interesses da comunidade, por cuja proteção ao Estado compete tutelar, como instrumento de contenção das atividades particulares nocivas ao bem-estar social ou ofensivas da segurança pública, dentro do sistema de equilíbrio e harmonia entre os direitos individuais e os interesses sociais da coletividade, que caracteriza o regime democrático moderno, o qual respeita o indivíduo como forma imprescindível de sinergia na consecução dos fins sociais.

Um dos mais tormentosos problemas com que se defrontam legisladores e aplicadores da lei, sobretudo juízes, promotores públicos e autoridades policiais, é o da privação da liberdade por breve tempo, independentemente de mandado judicial, de qualquer pessoa contra a qual haja indícios de autoria de crime.

Há que contrabalançar-se, de um lado, a imperiosa necessidade de agir rapidamente, impedindo que o indiciado destrua vestígios do crime ou dificulte a prova, além de evitar-lhe a ocultação ou a fuga, com a incontroversa conveniência, por outro lado, de proteger a liberdade individual contra o abuso de poder e a violência desnecessária.

A prisão preventiva, por sua vez, não concilia esses dois impostergáveis interesses, até porque a prisão preventiva é medida de exceção que perdeu seu caráter obrigatório, só cabível hoje em situações especiais (como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria).

Por tudo isso é que, observa o preclaro processualista Hélio Tornaghi, “o uso imemorial, entre todos os povos, consagrhou a praxe da detenção pela Policia.

Teoricamente, esse ato não chega a ser arbitrário, é apenas discricionário e se enquadra dentro do Poder de Policia, grau máximo do poder atribuído aos órgãos administrativos e que consiste na potestade de exercer a coerção necessária para assegurar a ordem e a tranquilidade, dentro dos limites da prudência.

Diante da realidade legislativa da grande maioria dos povos, entretanto (e esse o nosso caso), a detenção pura e simples é ilegal”.

Visando a conciliar interesses tão opostos quanto legítimos, há duas linhas de ação a adotar. A primeira consiste em não explicitar em lei a detenção provisória, tolerando-a, porém, sempre que decorrer de imperiosa conveniência da ordem pública ou da realização da *persecutio criminis*, contida – numa e noutra hipótese – em limites razoáveis, a critério, na prática, da “prudência da autoridade policial e da vigilância dos juízes”.

A segunda alternativa, bem mais plausível, a meu ver, é autorizar expressamente em lei a detenção para averiguações, a exemplo do que fez a França, Itália e, recentemente, o Brasil, através da Lei 7.960, editada em 21 de dezembro de 1989, que institui, finalmente, a prisão temporária, a ser decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, pelo prazo de cinco dias (prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada

necessidade), sempre que for imprescindível às investigações do inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, e ainda na hipótese de haver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indivíduo nos crimes.

É de observar, outrossim, que, nos precisos termos da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, a prisão temporária, nos crimes considerados hediondos (art. 1º), na prática da tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes, todos insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, terá o prazo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso

de extrema e comprovada necessidade.

É lamentável, porém, não obstante tenha nosso País adotado a atitude realista de contemplar de frente o problema, disciplinando-o em texto legal, continuem as polícias estaduais, não raro, a agir como se estivessem no regime de arbítrio em que se encontravam até 20 de dezembro de 1989, com as prisões ocorrendo de fato, embora ilegais, por falta de representação, na maioria dos casos, mas toleradas, em razão, sobretudo, de a criminalidade violenta apresentar hoje, nas metrópoles brasileiras, um aspecto endêmico e dominante, com preocupante e sombria perspectiva de atingir um patamar de não-retorno, que deve servir de alerta aos novos responsáveis pela segurança pública.

## BIBLIOGRAFIA

- ( 1 ) ALTAMIRA, Pedro G. *Policia y Poder de Polícia.* 2. ed. Buenos Aires.
- ( 2 ) BEZNOS, Clóvis. *Poder de Polícia.*
- ( 3 ) CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo.* 10. ed.
- ( 4 ) \_\_\_\_\_ . *Direito Administrativo do Brasil (Poder de Polícia).* v.4.
- ( 5 ) \_\_\_\_\_ . *Manual de Direito Administrativo.* 5. ed.
- ( 6 ) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 2. ed. Coimbra. v.1.
- ( 7 ) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 15. ed.
- ( 8 ) MELO, Celso A. Bandeira de. *Apontamentos sobre o Poder de Polícia.* RDP/9.
- ( 9 ) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 9.ed.
- (10) TORNAGHI, Hélio. *Manual de Processo Penal (Prisão e Liberdade).* v.1.

## SOCIEDADE DE PESSOAS

DERALDO DIAS DE MORAES NETO \*

**SUMÁRIO:** 1. Sociedade de pessoas. 1.1. Conceito. 2. Sociedade em nome coletivo. 2.1. Origem. 2.2. Regulamentação. 2.3. Definição legal. 2.4. Características. 2.5. Perspectivas futuras. 3. Sociedade em comandita. 3.1. Origem. 3.2. Regulamentação. 3.3. Definição legal. 3.4. Características. 3.5. Perspectivas futuras. 4. Sociedade de capital e indústria. 4.1. Origem. 4.2. Regulamentação. 4.3. Definição legal. 4.4. Características. 4.5. Perspectivas futuras. 5. - Sociedade em conta de participação. 5.1. Origem. 5.2. Regulamentação. 5.3. Definição legal. 5.4. Características. 5.5. Perspectivas Futuras. 6. Referência bibliográfica.

### 1. Sociedade de pessoas

Conceituar sociedade de pessoas é uma tarefa difícil, dado à imprecisão técnica da divisão das sociedades comerciais em de pessoas e de capitais. A fragilidade desta classificação reside, sobretudo, na falta de um critério objetivo, ou, como diz Manara: “*La distinzione è imprecisa e inadeguata perché tutte le specie di società si presterebbero ad essere sia di persone che di capitali*” (1). Mas quem melhor sintetiza esta idéia é Ponsa Gil (2), ao dizer que, a princípio, toda sociedade é de pessoas, pois

nenhuma se organiza sem o concurso de ao menos duas pessoas.

#### 1.1. Conceito

Discordando das idéias acima expostas, o Professor Sylvio Marcondes (3) conceituou as sociedades de pessoas como: “Aquelhas em que os sócios se escolhem, tendo em consideração as suas qualidades pessoais, o que determina o *intuitu personae* no seu funcionamento, e assim, em princípio, a morte de um sócio lhe acarreta a dissolução e as cotas sociais não são livremente cessíveis”. Esta definição peca por ser imprecisa, inexacta e frágil, já que está baseada na matéria do *intuitu personae*: melhor seria seguir as idéias do Professor João Eunápio Borges (4), que as definia como: “Aquelhas cujas obrigações fossem garantidas não apenas pelo patrimônio social, mas também pelo patrimônio individual de um ou mais sócios”.

Temos, então, um retorno às idéias clássicas de Vivante, que, ao tratar deste assunto, teceu os seguintes comentários: “*La prima distinzione, fra società a responsabilità illimitata, limitata e mista si riproduce spesso in una forma più brillante che solida, dicendo che le società si distinguono in società di persone e di capitali*” (5). Logo, o critério mais adequado seria o da responsabilidade dos sócios nas perdas e nos ganhos da sociedade e, desta forma, seriam socie-

\* Assessor jurídico da Federação das Indústrias do Estado da Bahia – FIEB. Assessor jurídico da Federação Baiana de Automobilismo – FBA. Professor de Direito e Legislação. Mestrando de Direito Econômico na UFBA.

dades de pessoas: as sociedades em comandita simples, em nome coletivo, as de capital e indústria e as em conta de participação.

## 2. Sociedade em nome coletivo

### 2.1. Origem

A sociedade em nome coletivo surgiu no comércio medieval italiano, como um segundo grau da evolução das antigas sociedades familiares. "Comunha-se inicialmente apenas dos membros de uma mesma família, que se sentavam à mesma mesa e comiam o mesmo pão. Daí, a palavra companhia (de *cumpanis*) e as fórmulas que se encontravam nas fontes medievais: *duo homines in una domo qui comedunt eundem panem; stare, habitare, vivere ad unum panem et vinum*" (6).

Nascida do comércio exercido por famílias, marcada pela comunhão doméstica, ela foi se modificando gradativamente até o momento em que se fez sentir a necessidade de ligar por um contrato aqueles que a comunidade do sangue já não mantinha unidos. Este contrato constitui, na verdade, um mandato recíproco e estabelecia o princípio da responsabilidade ilimitada dos sócios pelos atos de administração praticados por qualquer deles, conforme podemos verificar na decisão da Rota de Gênova, abaixo transcrita: *Procedit potius ex consuetudine mercatoria quam de iure: usum enim in civitate Genuae receptum est, quod socii expendientes nomine insimul tenenter contrahentibus secum in solidum*"(7).

Posteriormente, com o surgimento das corporações e o consequente registro das sociedades, desapareceu a necessidade de um mandato, pois, a partir daí, o contrato ganhou publicidade. Entretanto, o patrimônio social continuou do mesmo modo que o familiar, de modo que a distinção entre o patrimônio particular de cada sócio e o da sociedade se fazia pelo emprego do *signum societatis*, formado pelo nome civil de um ou mais sócios, acrescido da expressão "e companhia", ou outra semelhante.

### 2.2. Regulamentação

A sociedade em nome coletivo foi regulamentada pela primeira vez em 1673, no art. 7º do Título IV da *Ordonnance Sur Le Commerce De Terre* com o nome de *Société Générale*, ao enunciar que: "*Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé, au cas qu'il ait signé pour la Compagnie et non autrement*" (8).

Contudo, conforme demonstra Waldemar Ferreira (9), a expressão "em nome coletivo" evoluiu dos comentários às *Ordonnances* como: o de Jousse, que a chamou de ordinária, o de Savary de Broulons, que a denominou *société collective* por formar-se de comerciantes que negociavam "*sous leurs noms collectifs*", e finalmente o de Pothier, que a qualificou de *société en nom collectif*.

### 2.3. Definição legal

O primeiro Código a adotar tal qualificação foi o Código Comercial francês de 1807, que influenciou o Código português de 1833, que a denominava de sociedade ordinária, ou em nome coletivo, ou com firma, e a regulou em seu art. 548: "Os sócios convencionam comerciar debaixo duma firma que abrace a coleção de seus respectivos nomes; esta sociedade chama-se ordinária, ou em nome coletivo, ou com firma. Mas desta só podem fazer parte os nomes dos sócios, ou alguns, ou um só deles, contanto que a firma contenha a fórmula e companhia". Este, por sua vez, influenciou o Código Comercial brasileiro de 1850, que a definiu precariamente em seu art. 315: "É quando duas ou mais pessoas se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social".

A definição do nosso Código é falha, porque, em primeiro lugar, se ajusta a todas as sociedades comerciais, com exceção da anônima e da em conta de participação, e, em segundo lugar, porque já não é mais necessário que um dos

sócios seja comerciante, pois, dado à personalidade jurídica da sociedade, quem vai exercer o comércio é ela e não os seus sócios.

#### 2.4. Características

A característica marcante deste modelo societário é a responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios pelas obrigações sociais, nos termos do art. 316, que faz com que modernos comercialistas, como o Professor Waldírio Bulgarelli (10), a qualifiquem de sociedade de pessoa típica. Mas, ao lado desta, temos outras quatro características inerentes a este modelo societário, como por exemplo:

1) a de que, no silêncio do contrato, todos os sócios são gerentes e por isso responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, salvo nos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas ao negócio designado no contrato;

2) a limitação da responsabilidade dos sócios é nula perante terceiros, valendo apenas internamente, tornando, assim, nula para terceiros a restrição contratual dessa responsabilidade, restando para o sócio prejudicado apenas o direito de regresso contra os demais sócios;

3) a firma social poderá conter os nomes de todos os sócios ou, pelo menos, o nome de um, com o aditamento, por extenso e abreviado, da palavra "& companhia", ou qualquer outra que indique a existência dos demais sócios;

4) se morrer ou se retirar da sociedade o sócio cujo nome consta da firma, esta será modificada necessariamente, a não ser que entre os sócios haja outro nome idêntico ao do que se retirou; a isto se chama *combinaison de croupier*.

Melhor sorte teria o legislador se definisse a sociedade em nome coletivo, tal como fez o Professor José Eunápio Borges (11): "É a sociedade, que exerce uma atividade comercial sob uma firma ou razão social, na qual todos os sócios são responsáveis, ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações comerciais".

#### 2.5. Perspectivas futuras

Teoricamente, essa seria a melhor sociedade comercial, pois a responsabilidade ilimitada serviria de incentivo para que os sócios usassem toda a sua criatividade, honestidade e entusiasmo nos negócios da sociedade, ao tempo em que terceiros, assegurados pelo patrimônio pessoal dos sócios, concederiam o maior e mais amplo crédito à sociedade.

A prática, entretanto, demonstra que o inconveniente de pagar com o próprio patrimônio e os riscos da atividade comercial afugentaram os sócios deste tipo societário, a tal ponto que ela tende a desaparecer do mundo jurídico.

### 3. Sociedade em comandita simples

#### 3.1. Origem

Muito discutida é a origem da sociedade em comandita simples: para uns, ela teria se originado com o contrato de comenda, isto é, aquele por meio do qual se financiavam as expedições marítimas, dividindo os seus lucros e limitando o prejuízo ao montante do capital empata-do.

Um dos expoentes desta corrente é Cañizares (12), que brilhantemente expõe: "*Vinculase a la idea de confiar, y este contrato se realiza, en su origen, mediante la entrega de mercancías o dinero por parte de una persona a un comerciante que realizaba un viaje por mar, quien hacia el negocio en su nombre, atribuyendo una parte de los beneficios al capitalista. Este contrato se utilizó después en el comercio terrestre y se refirió no a un viaje o negocio aislado, sino a toda serie de negocios, y fue muy utilizado porque el capitalista no figuraba como comerciante y podían serlo las personas que no podían ser comerciantes y además porque percibían beneficios y no intereses, en épocas en que el derecho canónico prohibía el pago de intereses. De este contrato surgió la sociedad en comandita en su forma moderna*".

Outros, como Arcangeli (13), atribuem a sua origem a um desdobramento da sociedade em nome coletivo, onde se pretendia fugir dos riscos, limitando a responsabilidade do sócio ao montante do capital aplicado. Mas, excelente é a justificativa de Gierke (14): "La evolución histórica en comandita está parcialmente vinculada a la de la sociedad en participación. Pero no deberá dárse simplemente la misma raíz, tal como aún suele hacerse. Antes bien, las investigaciones del derecho germánico demuestran que la sociedad en comandita ha sido influenciada en gran escala, especialmente en Alemania, por la sociedad colectiva".

A opinião dominante é a de que a sociedade em comandita simples surgiu da junção do contrato de comenda com a estrutura da sociedade em nome coletivo, visando principalmente limitar os riscos do negócio ao montante do capital aplicado, bem como fugir dos rigores da lei da usura. Ilustram esta corrente doutrinária as sábias lições de Vivante (15): "La commenda (commanda, commendatio, da accommodare, affidare), si svolse da principio nel commercio di mare per operazioni isolate, indipendentemente della societa in nome collettivo (compagnia) che, como vedemmo, si sviluppo più tardi, dai rapporti di famiglia ordinati per l'esercizio del commercio. Ma, benché sorte da origini diverse, finirono coll'accortarsi e col subire una reciproca influenza, che diviene sempre più operosa nel diritto moderno".

"Per parecchi secoli dopo il mille la commenda figurò semplicemente come un contratto. In quel lungo periodo non si trova cenno di un fondo sociale, perché la proprietà delle cose conferite dal socio capitalista (commendator) resta in lui o passa al gerente (tractator), no vi si trova cenno nemmeno di una ragione sociale: perché questi trattava gli affari, che per lo più si effettuano a contanti, in nome proprio o in nome del suo sovventore. Ma questo rapporto sociale che era rimasto latente, dovette, per la forza stes-

sa delle cose, esternarsi quando nel secolo XIV, lo si applicò intensamente al commercio di terraferma, in ispecie all'esercizio delle industrie e delle operazioni bancarie e dal nucleo di questi contratti sorsero imprese potenti che diffusero la loro operosità fuori della patria, con un vigoroso ordinamento di succursali di viaggiatori, di corrispondenti, mettendo a profitto gli ingenti capitali raccolti dal clero, dall'aristocrazia, che i divieti canonici e i pregiudizi aristocratici allontanavano dal commercio diretto. Allora il sócio gerente assunse una posição dominante e una sede stabile in mezzo alla folla spesso dispersa dei sovventori; allora si fece vivo nella conscienza comune il conceito di un corpo e di un patrimonio sociale e distinto da quello dei soci. La necessità di proteggere questo capitale come garanzia esclusiva dei creditori sociali contro gli attacchi dei creditori particolari dei soci, d'impedire che questi, colla complacenza del gerente, mutassero quando sopraggiungeva una crisi, la loro condizione di soci responsabili in quella più comoda dei creditori, fece sentire la convenienza di far conoscere col le pubblicazione nei registri della Corporazione o del comune, l'esistenza della società, la misura delle quote conferite dai soci, la ragione sociale, e di prescrivere una contabilità distinta dalle operazioni sociali. Allora la società in accomandita pigliò un avviamento proprio, staccandosi per sempre dalla forma parallela dell'associazione in partecipazione, con cui si era fino allora confusa".

### 3.2. Regulamentação

A sociedade em comandita simples foi regulamentada pela primeira vez na Ordenação francesa de 1673 e depois se incorporou no Código Comercial de 1807, mantendo o princípio de não se obrigar os comanditários senão até a concorrência de suas partes. Com esse conceito, ela se incorporou ao Código Comercial brasileiro de 1850, que a regulou em seus arts. 311 a 314.

### 3.3. Definição legal

Mas é no art. 311 que nós vamos encontrar a definição legal da sociedade em comandita simples: "É quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam, para fins comerciais, obrigando-se uns como sócios solidários, ilimitadamente responsáveis (comanditados), e sendo outros simples prestadores de capitais (comanditário), com a responsabilidade limitada às suas contribuições de capital".

A definição legal repete o erro de exigir que um dos sócios seja comerciante, o que não é mais necessário, em face da personalidade jurídica da sociedade. Uma outra falha está em reduzir os sócios comanditários a simples prestadores de capitais, fato que não é verdadeiro, pois eles assumem os riscos da empresa, participando de sua boa ou má fortuna. Além destas falhas, a alínea 2 do art. 311 impropriamente admite a existência de uma sociedade entre determinados sócios dentro de uma sociedade, quando o correto seria dizer que os sócios ilimitadamente responsáveis têm status idêntico ao do sócio da sociedade em nome coletivo.

### 3.4. Características

Ao lado destas críticas, cabem também algumas observações sobre esse modelo societário, como, por exemplo, a de que a sua constituição se dá através de contrato, por escritura pública ou particular, que deverá ser arquivado na Junta Comercial. Um outro está na possibilidade de omissão do nome do sócio comanditário, desde que estejam declarados os fundos postos em comandita.

Já a gerência da sociedade, por regra geral, compete aos sócios comanditados determinados no contrato e, em caso de omissão, caberá a todos os comanditados. Por outro lado, é vedado ao sócio comanditário dar o nome à razão social, sob pena de tornar-se solidária e ilimitadamente responsável; não se proíbe, porém, a faculdade de tomar parte nas deliberações da sociedade,

nem o direito de fiscalizar as suas operações e estado.

Igualmente, estarão impedidos os comanditários de atos de gestão de ser empregados nos negócios da empresa ou como procuradores, sendo que, nestas duas últimas hipóteses, conforme explica o Professor Rubens Requião (16), "há de se analisar se o negócio realizado pelo comanditário, com violação da regra, foi de pequena monta, ou de tal intensidade que comprometa seriamente a sociedade. No primeiro caso, não se justificaria a aplicação draconiana do preceito legal, mas, no segundo, a sanção não poderia deixar de prevalecer. Por outro lado, se a infração à lei e ao contrato for praticada reiteradamente, o sócio passa evidentemente a responder, como o comanditado, por todas as obrigações sociais".

### 3.5. Perspectivas futuras

Apesar de ter sido um fator de grande impulso econômico em seu tempo, comparável ao da S/A nos dias de hoje, a sociedade em comandita simples apresenta-se em franco declínio, dado à concorrência da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que tornou possível a limitação da responsabilidade sem as restrições que pesavam sobre o sócio comanditário e a impossibilidade dela servir de base para as grandes empresas, devido à instabilidade resultante do *intuitu personae*.

Mas, talvez o costume mercantil de se exigir avisos pessoais dos diretores das S/A ou de representante do grupo controlador, para sobregarantir o patrimônio da sociedade, reabilite este modelo societário.

## 4. Sociedade de capital e indústria

### 4.1. Origem

A sociedade de capital e indústria, conforme leciona o Professor Dylson Dórea (17), "tem sua origem no antigo contrato de comenda, propriamente dito", onde o *tractator*, empresário, através do seu trabalho, se propunha a mul-

tipicar o capital dos prestadores de dinheiro que investissem em seu empreendimento.

#### 4.2. Regulamentação

Ela teve sua primeira regulamentação no *Codice di Commercio di Terra e di Mare Riformato dalla Commissione dietro le Osservazioni dei Tribunali e Camera di Commercio del Regno d'Italia*, publicado em Milão, em 1807. Posteriormente, foi copiada por José Ferreira Borges (18), e transportada para o Código Comercial português de 1833 e por extensão para o Código Comercial brasileiro de 1850.

#### 4.3. Definição legal

A sociedade de capital e indústria encontra-se definida no art. 317 do Código Comercial como: "Aquela que se contrai entre pessoas, que entram por uma parte com os fundos necessários para uma negociação comercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular, e, por outra parte, com a sua indústria".

Tal definição valeu-lhe o título de "esdrúxula construção do nosso Código", dada por Carvalho de Mendonça (19), que a considerava como uma variação da sociedade em nome coletivo, um simples modo de sua posição, já que os sócios de indústria entravam apenas com a sua força-trabalho.

Mas, o professor Eunápio Borges (20) refuta a crítica do mestre, expondo que: "Se o Código se houvesse limitado a permitir, como está expresso no art. 287, que a cota de capital de um ou mais sócios consista unicamente em trabalho e indústria, sem estabelecer distinção entre eles na responsabilidade perante terceiros, poder-se-ia afirmar que a sociedade de capital e indústria não passava de simples modalidade de constituição do capital das sociedades em nome coletivo. Regulando, porém, de modo diferente as obrigações, direitos e a responsabilidade do sócio que compõem, nosso Código deu-lhe características próprias..."

#### 4.4. Características

1) O contrato social deve especificar as obrigações do sócio de indústria, bem como a sua cota ou percentagem no lucro da empresa. Se o contrato for omisso, ele participa dos lucros em quantia igual à estipulada a favor do sócio capitalista de menor entrada.

2) A firma da sociedade de capital e indústria não poderá conter o nome, por extenso ou abreviado, do sócio de indústria, caso contrário o sócio de indústria assumiria as mesmas responsabilidades do sócio capitalista; consequentemente, não existirá sociedade de capital e indústria sem firma.

3) Os sócios de indústria não podem contribuir para o capital com alguma cota em dinheiro, bens ou efeitos e muito menos figurarem na firma social sob pena de tornarem-se ilimitada e solidariamente responsáveis. Excepcionalmente, conforme doutrina Egberto Teixeira (21), o trabalho do sócio de indústria poderá ser avaliado e incorporado ao capital social, para, por exemplo, permitir a transformação da sociedade de capital e indústria em sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

4) A gerência dos negócios sociais caberá exclusivamente ao sócio de capital. A palavra gerência deve ser entendida como órgão de representação, gerente social, de modo que nada impele que o sócio de indústria possa gerir internamente os negócios da sociedade ou supervisioná-los como gerente, no sentido vulgar da palavra.

5) Quanto à participação do sócio de indústria no acervo da sociedade, entendemos, em consonância com o Professor Eunápio Borges (22), que é um direito inerente a ele, desde que, após a devolução aos sócios capitalistas de suas respectivas cotas no capital, se remanescer uma sobra que represente lucro, ela deverá ser repartida também com o sócio de indústria.

6) A contribuição ao capital social deve ser feita normalmente em dinheiro e, excepcionalmente, com contribuição de serviços, o sócio de indústria está in-

cluso nesta última categoria. Mas ao contribuir com seu trabalho ele contraria o princípio do *numerus clausus* e cria um novo tipo de sociedade comercial.

#### 4.5. Perspectivas futuras

É notória a queda desse tipo societário, basta folhear os tratados e códigos, para se verificar a pouca importância reservada. Com exceção do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, nenhum outro país a regulamentou, e mesmo no Brasil o Projeto de Código Civil a expulsou do nosso sistema societário como tipo autônomo.

As explicações para esse fim são variadas, dentre as quais podemos enumerar: 1) a falta de curiosidade do legislador e dos tratadistas, que lhe legaram um inadequado regime jurídico; 2) o fato de ter sido classificada mais como um modo de se constituir sociedade em nome coletivo do que como um novo tipo societário; 3) o surgimento do empregado altamente qualificado em cujo contrato de trabalho se inserem cláusulas de participação nos lucros, as emissões de ações de trabalho ou de indústria pela S/A, e 4) a responsabilidade solidária e ilimitada do sócio capitalista e as restrições decorrentes do seu caráter personalíssimo.

### 5. Sociedade em conta de participação

#### 5.1. Origem

Não há dúvida de que a sociedade em conta de participação se originou do contrato de comenda primitivo, isto é, daquela comenda unilateral, em que não havia manifestação exterior, e, consequentemente, vigorava apenas nas relações entre os contratantes.

#### 5.2. Regulamentação

Embora se praticasse na França com o nome de sociedade anônima, conforme cita Savary (23), na ocasião da Ordenança, nela não foi incluída porque, conforme explana Troplong (24),

ela carecia de interesse público, por ser muito mais uma operação passageira do que uma sociedade. O Código francês de 1807 a incluiu, de maneira indireta, ao dispor, no seu art. 47, que, ao lado das três sociedades disciplinadas em seu art. 17, reconhecia as sociedades comerciais em participação.

#### 5.3. Definição legal

Do Código francês, ela se transladou para o português de 1833, e, dele, para o Código Comercial brasileiro de 1850, que dela se ocupou nos arts. 325 a 328, definindo-a da seguinte maneira: "É quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, reúnem-se, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual, para o fim social".

#### 5.4. Características

O professor Carlos Guimarães de Almeida, em artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, com o sugestivo título de "A virtuosidade da sociedade em conta de participação", traçou eficazmente as principais características desse modelo societário, que transcreverei abaixo (25):

1 - "Não é pessoa jurídica, não tem autonomia patrimonial e não aparece juridicamente aos olhos do público, como está dito na Lei 66.532 da França, art. 419; no Código Civil italiano, artigo 2.555; no Código Comercial português, artigo 226 e o dizem Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Spencer Vampré, Otávio Mendes, Silvio Marcondes, Pontes de Miranda, Vivante, Marghieri, Giuseppe Ferri, Ripert, Escarra, Houpin et Basvieux, Lyon Caen et Renault, Houin et Rodiere, Jean Molèrac, De Frederick e J. Garrigues.

2 - Consequentemente, é uma sociedade *ad intra*, sem relações jurídicas com terceiros, em relação aos quais, na realidade, não existe, tal como advertem Carvalho de Mendonça, Waldemar

Ferreira, Deloison e J. Garrigues.

3 – Não tem firma social, nem denominação ou sinal mediante o qual apareça exteriormente (Código Comercial, art. 325). O gerente usa de sua firma individual, ou da denominação da sua própria sociedade, quando é pessoa jurídica, na realização dos negócios sociais. Daí dizerem alguns autores, como, entre outros, Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Waldemar Ferreira e Thaller, que, sob certa forma, é uma S/A.

4 – Não tem sede ou domicílio especial (Carvalho de Mendonça, Vivante, Ripert e Jean Molièrac), embora possam os sócios convencionar uma sede para servir de centro de operações e estabelecer o foro para as ações judiciais, como dizem Carvalho de Mendonça e Mauro Brandão Lopes.

5 – Não tem capital nem patrimônio social (Carvalho de Mendonça, Vivante, Marghieri, L. Lordi, Ripert, Houin et Rodiere e Jean Molièrac), conquanto entre os sócios haja ou possa haver um fundo social (Carvalho de Mendonça).

6 – Não está sujeita às formalidades prescritas para a existência das outras sociedades comerciais, inclusive o registro (Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira e L. Retail), sendo que o primeiro desses autores até mesmo considera esse registro defeso, enquanto, para outros, e segundo algumas decisões dos Tribunais, é admissível, sem, contudo, desnaturá-la (Pontes de Miranda, Jayro Franco, a *contrario sensu* e RT 188/153).

7 – A publicidade de sua existência, ou o fato de não ser clandestina ou secreta, e, ao contrário, ser conhecida por terceiros, com as quais transacione ou contrate o sócio ostentivo, não a desnatura (Pontes de Miranda, Cunha Gonçalves, João Eunápio Borges e Mauro Brandão Lopes, decisão citada in RT 188/153).

8 – O caráter oculto da sociedade não desaparece se um sócio participante age como mandatário do sócio ostensi-

vo, sem revelar sua qualidade de sócio (Ripert, citando decisões dos tribunais franceses, Mauro Brandão Lopes).

9 – Não tem *legitimatio ad causam*, nem *ad processum*, para estar em juízo ativa ou passivamente (Molièrac).

10 – Não pode ser declarada falida: somente o sócio pode incorrer em falência, como procedentemente sustentam Carvalho de Mendonça, Spencer Vampré, Otávio Mendes, Lyon Caen et Renaud, Bonelli, este “*perchè questa associazione non è persona giurídica, quanto per una ragione molto più radicale essa – a conta de participação – non è ente collettivo patrimoniale in nessun modo perchè non esiste un patrimônio sociale*” e acórdão do TJ/SP no Arquivo Judiciário 35/384. E, pela mesma razão, não pode invocar os favores decorrentes da concordata (De Frederick).

11 – Sua liquidação resume-se a uma simples prestação de contas amigável ou judicial (Waldemar Ferreira, Pontes de Miranda, Mauro Brandão Lopes, Vivante, Marghieri, Houpin et Bassieux, Escarra, Molièrac e De Frederick). Nesse sentido, aliás, é expresso o Código Civil italiano, no seu art. 2.552, terceira alínea”.

## 5.5. Perspectivas futuras

As sociedades em conta de participação, ao contrário dos demais modelos de sociedade de pessoas, estão revivendo de forma surpreendente nos dias de hoje. Capitalistas emprestam seus recursos financeiros a comerciantes para aplicação em determinadas operações, repartindo no final o lucro. Traduzem, em termos jurídicos, as atividades práticas desenvolvidas pelos *investments/trusts* do tipo aberto, sociedades de investimentos, sindicatos financeiros, bem como pelas sociedades acionárias de pluriparticipação. Elas são, hoje, um moderno instrumento de captação de recursos financeiros para o desenvolvimento econômico, possuindo diversas aplicações dentro do Direito Comercial.

## 6. Referência bibliográfica

- ( 1) MANARA – A Sociedade de Responsabilidade Limitada (Apud João Eunápio Borges – Sociedades de pessoas e de capital – In Revista Forense, v. 128, 1950, p. 22).
- ( 2) GIL, J. Ponsà – Sociedades Civiles, Mercantiles, Cooperativas y de Seguros – Barcelona – 1923 – Libreria Bosch – v. 1 – p. 175 – n. 91 e p. 187 – n. 98.
- ( 3) MACHADO, Sylvio Marcondes – ob. cit. – p. 85 (Apud BULGARELLI, Waldírio – Sociedades Comerciais – Sociedades de Pessoas e de Capital – 2. ed., p. 123).
- ( 4) BORGES, João Eunápio Borges – Curso de Direito Comercial Terrestre – As Sociedades Comerciais – 5. ed., p. 287.
- ( 5) VIVANTE, Cesare – Trattato di Diritto Commerciale – Milão – 1912 – v. 2 – “Le Società Commerciali” – 4. ed. – n. 350 – p. 112.
- ( 6) GOLDSCHMIDT, Levin – Universalgeschichte des Handelsrecht – p. 272 – nota 131.
- ( 7) GOLDSCHMIDT, Levin – ob. cit. – p. 284 – nota 158.
- ( 8) BRUHL, Levy – Histoire Juridique Des Sociétés Du Commerce En France Aux XVI et XVII – p. 32 e 33.
- ( 9) FERREIRA, Waldemar – Tratado de Direito Comercial – v. 3 – p. 337 – São Paulo – 1961.
- (10) BULGARELLI, Waldírio – ob. cit. – p. 131.
- (11) BORGES, João Eunápio – ob. cit. – p. 292.
- (12) CAÑIZARES, Felipe de Solà – Tratado de Derecho Comercial Comparado – t. 3 – p. 159 (Apud BULGARELLI, Waldírio – ob. cit. p. 152).
- (13) BORGES, João Eunápio – ob. cit. – p. 300.
- (14) GIERKE, J. V. – Derecho Comercial y la Navegación – p. 339 e seguintes (Apud BULGARELLI, Waldírio – ob. cit. – p. 154).
- (15) VIVANTE, Cesare – ob. cit. – p. 163 a 164.
- (16) REQUIÃO, Rubens – Curso de Direito Comercial – v. 1 – p. 304 – 17. ed.
- (17) DÓREA, Dylson – Curso de Direito Comercial – v. 1 – capítulo 22 – n. 179 – p. 179.
- (18) BORGES, José Ferreira – Jurisprudência do Contrato Mercantil de Sociedade, Segundo a Legislação, e Arrestos dos Códigos e Tribunais das Nações Mais Cultas da Europa – p. 43 (Apud FERREIRA, Waldemar, ob. cit. – p. 575).
- (19) MENDONÇA, J. X. Carvalho de – Tratado de Direito Comercial – v. 3 – n. 762 – p. 196.
- (20) BORGES, João Eunápio – ob. cit. – n. 286 – p. 287.
- (21) TEIXEIRA, Egberto Lacerda – Das sociedades por quotas de Responsabilidade Limitada – n. 122 – p. 284 (Apud BULGARELLI, Waldírio – ob. cit. – p. 192).
- (22) BORGES, João Eunápio – ob. cit. – n. 294 – p. 312.
- (23) SAVARY, Jaques – Le Parfait Negociant, ou Instruction Générale Pour Qui Regarde le Commerce des Merchandises de France, et des Pays Étrangers, v. 2, p. 17 (Apud Ferreira, Waldemar – ob. cit. – n. 584 – p. 529).
- (24) TROPLONG – Du Contrat de Société – v. 1 – n. 489 – (Apud MENDONÇA, J. X. Carvalho de – ob. cit. p. 359).
- (25) ALMEIDA – Carlos Guimarães de – A Virtuosidade da Sociedade em Conta de Participação – R. D. M. nova fase – n. 08 – p. 45 e seguintes (Apud BULGARELLI, Waldírio – ob. cit. p. 136).

## SUCESSÃO LEGÍTIMA



MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JR.\*

**SUMÁRIO:** 1. Conceito. 1.1. Sucessão legítima e testamentária. 2. Ordem de vocação hereditária. 2.1. Regras. 3. Modos de suceder. 4. Sucessão de parentes. 4.1. Descendentes. 4.2. Ascendentes. 4.3. Cônjuge sobrevivente. 4.4. Colaterais. 4.5. Estado.

### 1. Conceito

A sucessão, em sentido amplo, quer dizer sobrevir. Provém da palavra *successione*, do verbo *sucedere*, do latim.

O que sucede pode ser: o ato, o fato, bens ou sujeito. No primeiro caso, temos como exemplo a sucessão de atos processuais da parte que originaram a sentença (decisão judicial que põe termo ao processo). No segundo caso, temos uma seqüência de fatos que se desenvolvem cronologicamente. No terceiro caso, temos como exemplo a sub-rogação real. No quarto e último caso, temos como exemplo a sucessão de direitos, obrigações, herança e patrimônio, que se transferem de um sujeito para outro. Nos três primeiros casos, pode haver mudança de objeto sem mudar-se o sujeito, enquanto que no último caso pode haver mudança de sujeito sem alteração de objeto, ou seja, os fatos, atos, bens, direitos e obrigações.

No direito, o termo sucessão é mais aplicado quando há uma mudança de

sujeitos, não mudando necessariamente o objeto.

Dentre as sucessões previstas no ordenamento jurídico, além da sucessão *inter vivos*, existe a sucessão *mortis causa*, sucessão esta que interessar-nos-á quando na localização, dentro do Direito das Sucessões, da sucessão legítima.

A sucessão *mortis causa* decorre da morte de alguém, transferindo-se seus bens aos seus herdeiros ou legatários.

Como podemos notar, examinando-se o significado da palavra sucessão no sentido que nos interessa, desmembrando o mesmo, há de se notar que a sucessão *mortis causa* pode ser legítima ou testamentária, e que a mesma pode ser a título universal e a título singular. Como bem salienta José da Silva Pacheco: “Esta sucessão, também chamada hereditária, pode assumir aspecto de: 1) sucessão legítima, quando atende aos herdeiros legítimos previstos em lei; 2) sucessão testamentária, quando atende à disposição de última vontade, mediante testamento codicilo ou doações *mortis causa*; 3) sucessão universal, quando se refere à herança ou parte dela, como universalidade; 4) sucessão singular, quando, mediante testamento, que é ato jurídico, tem em vista bens particulares, legados” (1). Dessa forma, quando se define sucessão, engloba-se, devido à transferência dos bens do *de cuius successione agitur* (aquele cuja sucessão se

\* Juiz de Direito da comarca de Coração de Maria – Estado da Bahia.

(1) PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas*. Forense, 1980. p2.

trata) a seus herdeiros (sucessores legítimos e testamentários a título universal) e legatários (sucessor a título singular contemplado através de legado em testamento).

Depois de examinado o vocáculo sucessão e delimitando-o, ou restringindo-o para alcançar a sucessão *mortis causa*, basta-nos tentar conceituar a sucessão legítima, ou seja, aquela decorrente da lei, que prevalece a vontade da lei, obedecendo a uma ordem legal – ordem de vocação hereditária – e presente necessariamente quando houver herdeiros necessários, tornando-se isolada quando na ausência de disposição de última vontade. Sendo, assim, espécie do gênero sucessão *mortis causa*.

Podemos conceituar a sucessão legítima como a sucessão *mortis causa* que prevalece a vontade da lei, obedecendo uma ordem legal de vocação hereditária, podendo apresentar-se simultaneamente com a sucessão testamentária, no caso de disposição de última vontade, isoladamente, no caso de ausência da mesma e devendo ser observada sempre que houver herdeiros necessários, como bem salienta Cunha Gonçalves: "Sucessão legítima é aquela que resulta exclusivamente da lei, sem que nela haja influído, de qualquer forma, a vontade do autor da herança, vontade essa é que, ao invés, é a fonte de sucessão testamentária" (2); e Orlando Gomes: "A sucessão *ab intestato* obrigava imediatamente da lei, ao contrário da sucessão testamentária, que resulta, consoante permissão legal, de uma disposição de última vontade, denominada testamento" (3).

O Código Civil no seu art. 1.603 estabelece a ordem da vocação hereditária, que deve ser observada no caso de sucessão legítima. Esta ordem legal será analisada oportunamente junto aos princípios que regem a sucessão legítima. Cumpre-nos distinguir as espécies do gênero sucessão *mortis causa* e estabelecer as hipóteses em que as mesmas devem ser aplicadas.

### 1.1. Sucessão legítima e testamentária

A sucessão legítima se distingue da sucessão testamentária, pois a primeira decorre somente da vontade da lei, enquanto que a segunda decorre de disposição de última vontade, ou seja, a vontade do morto nos limites da lei.

Partindo desta distinção, em que na sucessão legítima prevalece a vontade da lei e na testamentária a manifestação de vontade do morto em dispor de parte de seu patrimônio, tira-se as seguintes conclusões: 1) a sucessão legítima ocorre quando não há testamento ou disposição de última vontade; 2) ocorre a sucessão legítima mesmo havendo testamento ou disposição de última vontade, quando na existência de herdeiros necessários; 3) não havendo herdeiros necessários, pode haver sucessão testamentária apenas.

Com relação à primeira conclusão, podemos notar que a sucessão legítima é a única a ser aplicada, visto que o *de cuius* não dispõe de parte de seu patrimônio para ninguém, assim, não houve disposição de última vontade, que é o fundamento da sucessão testamentária. Neste caso, deve-se seguir a ordem de vocação hereditária, observando-se os princípios de direito das sucessões no que concerne a sucessão legítima. É a maneira mais comum de sucessão, deve ser observada, também, quando o testamento caducar ou for inválido (passível de anulação, declarado judicialmente como tal). Com relação à segunda conclusão, observamos que, quando há herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de parte de seu patrimônio, que é a sua disponível (metade do seu patrimônio), em testamento. A outra parte será objeto de sucessão legítima e se o *de cuius* não se utilizar de toda a disponível (metade dos seus bens), a parte não utilizada será acrescida à legítima. O que quis o legislador, ao estabelecer que o testador não pode dispor de todo o seu patrimônio, foi assegurar o patrimônio

(2) SANTOS, I.M. de Carvalho. *Comentários ao Código Civil*. 6. ed. 1955. p.246.

(3) GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4. ed. Forense. 1981. p.39.

dos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes) (vide art. 1.576 do CC e 1.721 do mesmo diploma legal). No caso de inobservância da disponível, realizando-se um testamento alcançando a legítima, esta sucessão chama-se inoficiosa, devendo se retirar a parte que excedeu a disponível e alcançou a legítima.

"A legítima constitui um freio ao Poder de dispor por ato de última vontade. Em face do nosso direito, é sagrado e tangível. Herdeiro necessário dela não pode ser privado, a menos que ocorra algum caso de observação (art. 1.741 do CC) através da legítima, reservada aos herdeiros em linha reta, ascendente ou descendente, obtém-se a tutela da família também colimada pelo direito das sucessões" (4).

O última observação é que se do *de cuius* só houverem herdeiros não necessários, ele, através de disposição de última vontade, poderá excluir da sucessão os aludidos herdeiros. Estes herdeiros são: o cônjuge sobrevivente e os colaterais até o 4º grau. Poderá o *de cuius*, por conseguinte, dispor de todo seu patrimônio em testamento (vide art. 1.725 do CC). "A sucessão legítima se impõe em relação aos denominados herdeiros necessários ou legitimários, cujo direito prevalece a despeito de qualquer disposição que em contrário faça o *de cuius* em testamento. Fora daí, tem primazia a vontade do Testador" (5).

Distinguem-se, ainda, a sucessão legítima da testamentária quanto à capacidade sucessória, ou seja, pela possibilidade do herdeiro testamentário ser pessoa jurídica (tem, pois, capacidade testamentária passiva), o que não é possível na sucessão legítima, em consequência desta ser em razão do Parentesco, tendo por base o Parentesco.

## 2. Ordem de vocação hereditária

O Código Civil, no seu art. 1.603, estabeleceu a ordem a ser seguida na hipótese de sucessão legítima. Trata-se de uma ordem legal, que estabelece classes, tendo uma primazia sobre as outras. "Verifica-se a sucessão legítima, segundo se acentuou, quando o *de cuius* falece *ab intestato*. Sua herança é então deferida a determinadas pessoas, consoante ordem prescrita pelo legislador e que se chama ordem de vocação hereditária" (6).

O Código Civil brasileiro, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, preferiu aos descendentes em 1ª classe e ascendentes em 2ª classe como herdeiros necessários, protegendo o patrimônio dos mesmos ao estabelecer a legítima. (Porém a legítima só fica assegurada para os ascendentes na hipótese de ausência de descendentes, quando na morte de *de cuius*).

Seguindo-se a ordem de vocação hereditária, a 3ª classe é formada pelo cônjuge sobrevivente e a 4ª classe pelos colaterais e por último o Estado, Distrito Federal ou União. Todos estes são herdeiros não necessários ou não obrigatórios, podendo o testador excluí-los apenas com disposição do seu patrimônio sem os contemplar (vide art. 1.725 do CC).

### 2.1. Regras da vocação hereditária

Duas são as regras que regem a vocação hereditária: a primeira é que uma classe exclui a outra, ou seja, a classe menos privilegiada só será chamada quando na ausência da privilegiada. Assim, se houver descendentes, os ascendentes não serão chamados; o cônjuge só será chamado se não houver descendentes.

(4) MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das Sucessões. In: *Curso de Direito Civil*. 11. ed. 1975. v.6.

(5) PACHECO, José da Silva. *Inventários e Partilhas*. Ed. Forense, 1980. p.111.

(6) MONTEIRO, Washington de Barros. Direito das Sucessões. In: *Curso de Direito Civil*. 11. ed. 1975. v.6.

entes e ascendentes; os colaterais, se, além de não existirem descendentes e ascendentes, não haja cônjuge sobrevivente; e por último o Estado, se não houver nem mesmo colaterais até o 4º grau. Como bem salienta Orlando Gomes: "Os herdeiros de cada classe preferem os das classes imediatas. Assim, os ascendentes somente são chamados à sucessão, não havendo herdeiros na classe dos descendentes..." (7). Como podemos notar existe uma sucessibilidade, na medida que os herdeiros são chamados por classes, esta sucessibilidade é bem colocada por Washington de Barros Monteiro, quando trata sobre o assunto. "O chamamento dos herdeiros efetua-se por classes. Cada inciso do citado art. 1.603 diz respeito a uma classe, cuja convocação é sucessiva uma depois da outra" (8).

A segunda regra concernente à vocação hereditária diz respeito a cada classe de parentes, ou seja, dos descendentes, ascendentes e colaterais, havendo uma prevalência em cada classe daqueles que possuem um grau de parentesco mais próximo do *de cuius*. Examinando-se esta regra, podemos notar que o mais próximo exclui o mais remoto (*proximior excludit remotiorem*) e que essa proximidade é determinada pelo grau de parentesco. Assim, se houver descendentes de 1º e 2º graus (filhos e netos) serão convocados os de 1º grau, que têm um grau de parentesco mais acentuado com o autor da herança. Porém, existe uma exceção a este princípio, de que o mais próximo exclui o mais remoto, que é o modo de suceder por direito de representação, constitui uma exceção com relação à classe dos descendentes e dos colaterais, visto que, mesmo havendo parentes mais próximos do *de cuius*, nestas classes, houve um herdeiro pré-morto (morto antes do autor da herança), devendo na hipótese serem chamados os parentes mais re-

motos para ocupar a posição do mais próximo (herdeiro pré-morto). Isto foi bem colocado em julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e constitui ponto pacífico:

"Inventário. Vocação hereditária. Representação. Colaterais. Código Civil, arts. 1.613 e 1.622.

O art. 1.622 do Código Civil esclarece que, "na linha transversal, só se dá o direito de representação em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com o irmão deste concorrem". Esse preceito se harmoniza com o art. 1.613 do mesmo Código, segundo o qual, "na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos". TJ-SP, rel.-des. Afonso André, Agr. de Inst. 267.108.(9).

Cumpre, ainda, destacar uma observação, que diz respeito aos afins. Estes não têm qualquer parentesco com o *de cuius*, não podendo, por conseguinte, não havendo testamento, ser herdeiros do autor da herança. Como bem estabelece acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tem por relator o des. Ferreira de Oliveira:

Inventário. Vocação hereditária. Testamento. Parente afim. Cunhada. Herança jacente. Ação Rescisória. Código Civil, arts. 1.603 e 1.626 – Código de Processo Civil, arts. 485, 486 e 1.030.

O nosso direito positivo só conhece duas espécies de sucessão: a legítima, fixada pela ordem de vocação hereditária, prevista pelo art. 1.603 e seguintes do Código Civil, e a testamentária, enunciada no art. 1.626 e seguintes do mesmo diploma legal.

Assim se conclui forçosamente, porque, não havendo testamento, a ordem de vocação hereditária,

(7) GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4. ed. Forense, 1981. p.42.

(8) MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das Sucessões*. In: *Curso de Direito Civil*. 11. ed. Saraiva, 1975. p. 78.

(9) Inventário e Partilha. In: *Jurisprudência Brasileira*. v.16. p.298.

prevista na lei civil, não se estende à linha afim. Entre nós, os parentes afins não herdam, salvo por disposição testamentária expressa e válida. Ação Rescisória 252.000, rel. des. Ferreira de Oliveira, TJ-SP (10).

### 3. Modos de suceder

São três os modos de suceder, todos eles relacionados com os modos de partilhar a herança.

A sucessão pode ser realizada por direito próprio (*jure proprio*); por direito de representação (*jure representationis*); por direito de transmissão (*jure transmissionis*).

Sucede-se por direito próprio, quando o herdeiro é chamado diretamente para herdar, ou seja, pertencendo à classe chamada à sucessão, ele herderá por direito próprio. Para que haja sucessão por direito próprio, faz-se necessária a concorrência de herdeiros com mesmo grau de parentesco, pertencentes à classe convocada à sucessão. Quando ocorre a sucessão por direito próprio, o herdeiro com o grau de parentesco mais próximo do autor da herança na classe a ser chamada, a partilha será por cabeça, dividindo-se igualitariamente entre os sucessores por direito próprio. A partilha neste modo de sucessão pode ser, também, por linha no caso de concorrem ascendentes com o mesmo grau de parentesco, devendo-se dividir a herança, neste caso, em duas partes iguais, a parte paterna e a parte materna. No caso de pré-morte, não há representação neste caso (herança de ascendentes), devendo a parte do herdeiro pré-morto acrescer ao sobrevivente da parte materna (se ele pertencer a esta parte) ou paterna (se sobrevir desta). Não havendo ascendentes de grau mais próximo serão chamados os de grau de parentesco mais remoto e, mesmo assim, a sucessão será por direito próprio e a

partilha por linha, dividindo-se igualitariamente o patrimônio do *de cuius*, em 50% (cinquenta por cento) para a parte materna e 50% (cinquenta por cento) para a parte dos ascendentes maternos, se ambas houverem. Cumpre ainda observar que se houver um único herdeiro dependente, este herdará por direito próprio, será chamado a herdar diretamente, porém não haverá partilha e sim adjudicação da totalidade dos bens do autor da herança em seu nome.

A sucessão por direito de representação é decorrente de pré-morte, deserdação e indignidade de herdeiro de grau mais próximo do *de cuius*, devendo neste caso (devido a pré-morte, deserdação e declaração de indignidade), o parente mais próximo do herdeiro pré-morto, deserdado ou indigno, ser chamado a suceder em seu lugar. Assim, aquele que herdaria por direito próprio (concorrendo com demais herdeiros de mesmo grau de parentesco) e não mais existe (devido a morte, indignidade ou deserdação anterior ao falecimento do *de cuius*) será "substituído" por um parente seu de grau mais próximo, havendo uma substituição do herdeiro pré-morto. Analisando corretamente o significado de sucessão por direito próprio e por direito de representação, podemos notar que ambas se distinguem, visto que no primeiro caso o herdeiro é chamado para herdar diretamente em decorrência da lei ou de testamento, enquanto que, na segunda hipótese, em decorrência da ausência do herdeiro imediato, serão chamados seus descendentes. Por isso, modernamente, o termo sucessão por direito próprio ou sucessão por direito de representação não são os mais indicados (o substituto do pré-morto, indigno ou deserdado, não representa ninguém), o que há é uma sucessão direta (direito próprio) e uma sucessão indireta (direito de representação), como bem salienta o Prof. Mariano D'Amelio: "Não mais se diz que a su-

(10) Inventário e Partilha. In: *Jurisprudência Brasileira*, v.16. p.292.

(11) Libro delle Successioni. In: *Codice Civile*. p.85.

cessão se efetua *jure proprio* e *jure representationis*. Talvez com mais propriedade, afirma-se que a vocação hereditária é direta ou indireta: direta, quando o título de herdeiro resulta de atribuição direta feita pela lei, ou pelo testador; indireta, quando o título herdeiro promana da lei, mas a primeira vocação não pode efetivar-se por ausência do convocado, substituído por isso pelo seu descendente” (11).

No caso de sucessão por direito de representação, a partilha deve ser por estirpe, ou seja, os descendentes do herdeiro pré-morto, indigno ou deserdado, receberão seu quinhão, que será dividido igualitariamente entre eles.

Esse modo de suceder só é possível no caso de sucessão de descendentes e sucessão de colaterais, ou seja, não é possível na linha ascendente. Isto devido a dispositivo legal expresso (art. 1.621 do Código Civil).

Como podemos notar, a sucessão por direito de representação é possível na linha descendente e na transversal. Porém, a representação na linha transversal se distingue da representação na linha descendente, visto que a representação dos descendentes vai até o infinito, como bem retrata o seguinte acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Sucessão hereditária. Viúvo e filhos da neta do inventariado, falecido depois deste. Herdeiros que sucedem por direito de representação – Recurso provido para esse fim... “A representação ocorre quando, morrendo o presumido herdeiro antes da abertura da sucessão em seu favor, são chamados os seus descendentes... O direito de repre-

sentação dá-se na linha reta descendente, em qualquer grau e até o infinito... (Itabaiana de Oliveira, 1º, nº 1, p. 210 e 214). (TJ-SP, 3ª Câm., AI 3.437-1 de Cerqueira César, 07.10.80, rel. Rodrigues Porto) (12). Já o direito de representação na linha transversal só se estende aos filhos de irmão, quando concorrerem com os irmãos do falecido (art. 1.622 do Código Civil).

“O direito de representação em favor de filhos de irmão falecido só existe quando concorrerem, com irmão de seu pai, à herança de tio” (TJ-SP, 3ª Câm., Ap. Civ. 33.439, de São Paulo, J. Barbosa de Almeida) (13). “Concorrendo à herança sobrinhos do *de cuius*, o sobrinho-neto não herda, porque só há a representação, na linha transversal, para filho de irmão” (TJ-SP, 4ª Câm., Ap. Civ. 205.204, de Araquara, rel. Flávio Torres) (14).

Há, ainda, o *jure transmissionis*, ou seja, sucessão por direito de transmissão. Esse modo de suceder ocorre quando há uma morte posterior do herdeiro ao autor de herança. Neste caso, diz-se que há uma dupla sucessão, havendo uma transmissão de direitos para um outro herdeiro. “Na sucessão por direito de transmissão, o herdeiro post-morto habilita-se a receber a parte que lhe coube na herança, como uma cabeça, esteja, ou não, em igualdade de grau de parentesco. É uma sucessão dentro da outra. Se chamados forem à sucessão do transmitente seus ascendentes, partilhar-se por linha a sua quota-parté” (15). Neste modo de suceder a partilha deve ser feita ou por estirpe ou por linha.

- 
- (12) FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira; ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. Direito das Sucessões. In: *Jurisprudência do Código Civil – Ementário*. p.2.378.  
(13) FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira; ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. Direito das Sucessões. In: *Jurisprudência do Código Civil – Ementário*. p.2.378.  
(14) FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira; ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. Direito das Sucessões. In: *Jurisprudência do Código Civil – Ementário*.  
(15) GOMES, Orlando, *Sucessões*. 4. ed. Forense, 1981.

#### **4. Ordem da sucessão legítima**

A ordem a ser obedecida, na sucessão legítima, é a estabelecida pelo art. 1.603 do Código Civil. Sendo, pois, a própria ordem de vocação hereditária.

As classes estabelecidas pelo aludido dispositivo legal devem ser chamadas ou convocadas sucessivamente, incorrendo neste caso a regra de que uma classe exclui a outra e, dentro da mesma classe, surge outro princípio, o mais próximo exclui o mais remoto, como colocado anteriormente.

##### **4.1. Descendentes**

A primeira classe a ser convocada, seguindo-se a ordem de vocação hereditária, é a dos descendentes.

Quando há herdeiros descendentes, pode haver direito de representação, que constitui, como dito anteriormente, uma exceção ao princípio de que o mais próximo exclui o mais remoto. Assim, no caso da presença de descendentes do *de cuius* a partilha será por cabeça (no caso dos herdeiros serem chamados para herdar diretamente) ou por estirpe (no caso do direito de representação).

Os descendentes são herdeiros necessários, sendo reservada para eles a legítima parte dos bens que o *de cuius* não pode dispôr em testamento, isto devido ao caráter de tutela da família também presente no direito das sucessões.

Na sucessão dos descendentes havia uma distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos e adulterinos. Com o advento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), todos os filhos passaram a ter direitos iguais, inclusive sucessórios. A nova Constituição, em seu art. 227, § 6º, estendeu igualdade de direitos, equiparando inclusive os filhos adotivos, não havendo, por conseguinte, qualquer distinção, estabelecendo a igualdade de direitos para todos os filhos e proibindo a

discriminação. Dessa forma, devido a este dispositivo constitucional, todos os filhos (legítimos, ilegítimos, adulterinos ou adotivos) terão, por via de consequência, os mesmos direitos sucessórios (16).

##### **4.2. Ascendentes**

Não havendo descendentes do *de cuius*, serão chamados à sucessão os ascendentes. Herdeiros estes localizados na 2ª classe da ordem de vocação hereditária.

Os ascendentes são herdeiros necessários, obrigatórios ou reservatórios, como os descendentes, sendo assegurada para eles a legítima parte indisponível pelo *de cuius* em disposição de última vontade.

A sucessão dos ascendentes é por direito próprio, ou seja, concorrendo apenas herdeiros com o mesmo grau de parentesco, não havendo, na hipótese dessa sucessão, direito de representação, devido à disposição legal expressa. Os sucessores ascendentes, dessa forma, herdam por direito próprio, devendo a partilha ser realizada por linha ou por cabeça.

Na sucessão de ascendentes, existem duas linhas: a linha materna e a linha paterna. A partilha dos bens deve ser feita com a divisão em quinhões iguais, metade do patrimônio do *de cuius*, para cada linha (materna e paterna). Não há nesta hipótese direito de representação; no caso de pré-morte de um ascendente da linha materna, o quinhão referente a esta se consolida no ascendente restante. Dessa forma, não ocorre, no caso, a exceção ao princípio de que o mais próximo exclui o mais remoto, de corrente do direito de representação.

A partilha, no caso em estudo, pode ser por linha ou por cabeça. A partilha por linha deve ser realizada, quando houver a pré-morte de algum sucessor

(16) C.F. – art. 27, § 6º – Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

na linha materna ou paterna e, neste caso, como metade do patrimônio do *de cuius* irá para a linha materna e a outra metade para a paterna, um herdeiro ficará com metade do patrimônio e os demais com um quarto do patrimônio. Não havendo ausência de herdeiros em qualquer das linhas, a partilha será por cabeça. Há outra hipótese a observar na sucessão de ascendentes, que diz respeito à própria inexistência de direito de representação, visto que, se concorrem herdeiros de graus diversos nas duas linhas, os de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, assim, não serão convocados os ascendentes de grau mais remoto mesmo não havendo ascendentes de grau próximo na respectiva linha. Poderá, sim, serem chamados os de grau mais remoto pela inexistência de ascendentes com grau mais próximo. "Se há diversidade de grau nas duas linhas, os ascendentes mais próximos, sejam dois ou um, recebem a totalidade da herança, porque excluem os mais afastados" (17).

Cumpre ainda fazermos uma observação, de que na sucessão de ascendentes é possível a dupla sucessão, ou seja, sucessão por direito de transmissão, quando há uma morte do herdeiro posterior à morte do *de cuius*.

Com relação à adoção, o adotante só herda do adotado na hipótese deste não possuir pais consangüíneos. Cumpre observar que se houver adotante, não havendo pais consangüíneos, o adotante herda excluindo os outros ascendentes (ex.: avô, avô etc...). Esta sucessão de filho legítimo que não deixa descendentes rege-se por disposição especial.

#### 4.3. Cônjuges

Na falta de ascendentes, será convocado para suceder o *de cuius* o cônjuge sobrevivente.

O cônjuge sobrevivente está incluído entre os herdeiros não necessários ou

facultativos, podendo ser excluído da sucessão através de disposição de última vontade do autor da herança.

Na sucessão do cônjuge sobrevivente, surge uma peculiaridade concernente à dissolução da sociedade conjugal, visto que, se na época da morte do *de cuius* o cônjuge estiver separado, não terá o separado direito à sucessão.

Nesta classe não abrange a relação *more uxoria*, ou a figura do concubinato. O concubinato é uma união de pessoas de sexos diferentes, convivendo sob o mesmo teto, união esta não tutelada pelo direito, visto que o direito visa a proteção da família. Dessa forma, para a concubina não se reserva qualquer direito sucessório, porém poderá esta invocar a tutela jurisdicional para obter uma declaração judicial, dizendo da existência de uma sociedade de fato e pedindo-se a indenização por serviços prestados ou a partilha dos bens adquiridos pelo amásio, com o esforço comum, na constância do convívio *more uxorio*. Fica, assim, a concubina numa expectativa de direito (dependente de uma declaração judicial e de uma condenação judicial do amásio), não havendo por que se reservar os bens em inventário. "A concubina que, pelas vias ordinárias, pede meação de bens com o fundamento em sociedade de fato com o amásio falecido, tem mera expectativa de direito. Não é credora. Não há que deferir-lhe reserva de bens" (Agr. de Inst. 858, rel.-des. Cavalcanti de Gusmão, TJ-RJ) (18). Há de se notar na hipótese mencionada que, se reconhecida a sociedade de fato, irá ocorrer a sua dissolução de acordo com o esforço de cada qual na constituição do patrimônio ou a indenização por serviços prestados da concubina ao amásio. Assim, "comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial com a partilha do patrimônio pelo esforço comum" (TJ-SP, 4<sup>a</sup> Câm., Ap. Cív. 258.546, rel.

(17) GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4.ed. Forense, 1981. p.61.

(18) Inventário e Partilha. In: *Jurisprudência Brasileira*. v.16. p.195.

Jefferson Perroni) (19) e, caso se comprovem apenas os serviços prestados, devem estes ser remunerados. Em ambos os casos, deve-se, depois de reconhecido o direito, remunerar-se os serviços prestados com o patrimônio do companheiro ou, comprovando-se a contribuição na formação do patrimônio na constância da convivência *more uxorio*, os bens adquiridos pelo esforço comum, pertencentes ao patrimônio do *de cujus*, devem ser partilhados.

Ainda com respeito à concubina, esta também não pode ser contemplada em testamento devido à disposição legal expressa (art. 1.719, inc. III do CC) se o seu amásio for casado. Porém, para que este testamento seja nulo, deve-se propor a ação adequada em juízo, para provarem-se os fatos que configuram a hipótese legal supracitada. "Para que seja declarada a nulidade do testamento em que o testador instituiu legatária a sua concubina, é imprescindível a propositura de ação com esse objetivo, por quem tenha legitimidade para tal. Na ausência desse procedimento, cumpre-se a disposição testamentária (Ap. Cív. 10.343, rel.-des. José Maria de Queiroz, TJ-CE) (20).

Não se deve confundir o cônjuge, na hipótese de sucessor, com o cônjuge meeiro, visto que o cônjuge sobrevivente, no caso de ausência de disposição testamentária, será o herdeiro da totalidade dos bens do *de cujus* e por isso herdeiro universal. Havendo disposição de última vontade não englobando todo o patrimônio, ele terá a mesma qualidade. Porém, se houver descendentes ou ascendentes, o cônjuge terá direito à meação dos bens comunicáveis com o casamento, sendo assim, neste caso, meeiro e não herdeiro.

O cônjuge, também, sofre uma proteção legal concernente ao usufruto legal previsto no art. 1.611, § 1º do Código Civil, usufruto este estabelecido se

o regime não era o da comunhão universal e se sobreviverem descendentes ou ascendentes, e o direito real de habitação previsto no § 2º do mesmo dispositivo no caso do regime era o da comunhão universal (isto se houver um imóvel destinado à residência a inventariar).

#### 4.4. Colaterais

Na falta de descendentes, ascendentes e ou cônjuge, serão convocados os colaterais do *de cujus* para a sua sucessão.

Nesta classe, além das regras de vocação hereditária, dever-se-á observar o grau de parentesco do colateral com o autor da herança, visto que diferente da sucessão de descendentes ou ascendentes, que são chamados a suceder até o infinito, não havendo limitação pelo grau de parentesco, pois só serão chamados a suceder até o 4º grau de parentesco, ultrapassando o 4º grau, não serão sucessores. Devendo, assim, na ausência de colaterais até o 4º grau a herança ser jacente.

Deve, nesta classe, inicialmente, serem chamados os irmãos do *de cujus*, se houver. No caso de falta destes, devem ser chamados os sobrinhos do *de cujus*, de grau igualitário como os tios do autor da herança, visto incorrer aqui a regra do art. 1.617 do Código Civil, devendo os tios do autor da herança só serem chamados quando na ausência dos sobrinhos.

Examinando-se a sucessão dos colaterais do parágrafo anterior, podemos notar que a sucessão poderá ser por direito próprio ou por direito de representação. Havendo, na sucessão dos colaterais, a exceção ao princípio de que os mais próximos excluem o mais remoto, na medida que a sucessão pode ser por direito de representação (vide art. 1.613 do CC).

Na sucessão dos colaterais, surge

(19) FIDA, Orlando; CARDOSO, Edson Ferreira; ALBUQUERQUE, J.B. Torres de. Direito das Sucessões. In: *Jurisprudência do Código Civil - Ementário*. 1983. v.6. p.2.219.

(20) Inventário e Partilha. In: *Jurisprudência Brasileira*. v.16. p.113.

um problema. Este problema se relaciona quanto à existência de irmãos unilaterais e irmãos bilaterais ou germanos. Nesta hipótese, o irmão unilateral terá direito a metade do que couber ao irmão bilateral. Isto devido a dispositivo expresso do Código Civil, art. 1.614, que regula a matéria.

Como a sucessão de colaterais é por direito próprio e de representação, a partilha será por cabeça e por estirpe.

#### 4.5. Estado

Não sobrevivendo o cônjuge nem qualquer parente (descendentes, ascendentes, colaterais até o 4º grau) será chamado à sucessão o Estado. O Estado aqui é colocado em sentido genérico para abranger outros entes públicos, visto a depender do domicílio do autor da herança, os bens irão ou para o Estado-membro, Distrito Federal ou União (vide art. 1.619 do CC).

Existe na sucessão do Estado uma divergência doutrinária. Para alguns, o Estado não é herdeiro, para outros, sim. Os que são pela negativa afirmam que existe uma mera ocupação dos bens pelo Estado e que ao Estado não são transferidos o domínio dos bens imediatamente, que ocorre nos outros com a abertura da sucessão. Os que defendem, positivamente, a idéia de Estado como sucessor, colocam que o legislador quis que o Estado fosse o proprietário dos bens vacantes e, em consequência, sucessor. "Realmente, a lei inclui o Estado entre as pessoas sucessíveis, colocando-o no quinto lugar da ordem de chamamento e determina que a herança a ele se devolva. Não permite que caia no domínio público, antes o indica para recolhê-la, caso não haja parente sucessível. Tem

ele, relativamente à herança, os mesmos direitos e encargos de qualquer outro herdeiro" (21).

Como podemos notar, o Estado é um sucessor de natureza especial, mas um sucessor, visto que em certos pontos ele não é tratado como tal. Podemos notar isto na aceitação de herança, que é compulsória, devendo o Estado aceitar a herança, não podendo repudiá-la. Dessa forma, somos pela posição doutrinária de que o Estado é um sucessor em potencial.

Nesta sucessão, o juiz poderá promover a arrecadação dos bens de ofício, sem requerimento ou provocação. Constitui uma das únicas hipóteses que o juiz age dessa forma (art. 1.142 do CPC). O Estado não terá o domínio de logo dos bens do autor da herança, visto que abrir-se-á prazo para possíveis habilitações de herdeiros, devendo até haver investigações sobre a existência dos mesmos. Um ano após, o juiz declarará os bens vagos, que passarão a pertencer ao Estado, se não aparecerem herdeiros, ultrapassando o prazo de 05 (cinco) anos. Dessa forma, até os 05 (cinco) anos o Estado fica na propriedade resolvível dos bens do autor de herança.

Arrecadados estes bens, passando estes a pertencer à Fazenda Pública, esta terá que utilizá-lo na área do ensino, ou seja, investindo em universidades, fundações etc... (vide art. 3º do Dec.-lei 8.207 de 22.11.45). Se estes bens forem insuficientes para tal, deverão estes serem convertidos em títulos da dívida pública (art. 25 do CC).

O procedimento, no caso de herança jacente, é regulado pelo CPC como um procedimento especial de jurisdição voluntária.

---

(21) GOMES, Orlando. *Sucessões*. 4.ed. 1981. p.75.

## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

*AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ANISTIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA PREVISTA NO ART. 47 DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. VALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. DISCUSSÃO SOBRE O MONTANTE DA DÍVIDA. INADEQUAÇÃO.*

*Simples forma de extinção de obrigação, o âmbito restrito da ação consignatória não comporta discussão a respeito de cláusula contratual e sobre o quantum da dívida.*

Ap. Cív. 249/90. Relator: Juiz MOACYR PITTA LIMA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 249/90, de Santo Amaro, em que figuram como apelante Agnelo Magestade de Araújo e apelado o Banco do Brasil S/A.

Acordam os desembargadores componentes da primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Decidiram assim, incorporado a este o relatório de fls. 164/165, pelos motivos seguintes.

Cuida-se de ação de consignação em pagamento, proposta contra o Banco

do Brasil S/A, visando a quitação de débito resultante de financiamento rural, onde se pleiteia a anistia da correção monetária, prevista no art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias.

O digno *a quo*, julgando antecipadamente a lide, decidiu pela improcedência da ação, no entendimento de que o apelante não preencheu os requisitos exigidos nos incs. III, IV e V do art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias, condenando o autor apelante ao pagamento do principal pactuado, corrigido monetariamente, juros, despesas e ao ônus da sucumbência.

As duas preliminares arguídas pelo apelante foram rejeitadas. O ilustre juiz *a quo*, valendo-se da permissividade inserta no art. 330, I, do Código de Processo Civil, não estava obrigado a anunciar que iria proceder ao julgamento antecipado da lide, pois não há exigência legal para tal mister.

Não há negar-se que o julgamento antecipado da lide representa indiscutível avanço na dinamização da prestação jurisdicional. Na hipótese dos autos, não houve cerceamento de defesa, pois, apesar da aparente prevalência da matéria de fato, envolve questão puramente de direito, cujo deslinde não dependia de instrução probatória.

Efetivamente, o apelante, na ação consignatória proposta, não nega a dívida. Sua insubmissão é contra a incidência da correção monetária, questão que, relacionada com a natureza e o mon-

Bahia For.	Salvador	v.34	p.61/159	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	----------	-----------	------

tante do débito, é exclusivamente de direito e, consoante decisões desta Câmara, tal matéria transcende o âmbito da ação de consignação em pagamento. Nota-se, assim, que a instrução em audiência resultaria perda de tempo, com prejuízo, para a celeridade processual.

No mérito, requereu o apelante a procedência da ação, com a declaração do seu direito ao benefício da isenção da correção monetária no seu débito.

A premissa maior a ser colocada subsume-se à indagação se a ação de consignação em pagamento é meio adequado para consecução da anistia prevista nas Disposições Constitucionais Transitórias, com a extinção da obrigação, quando o apelante se propõe a depositar quantia inferior a que se obrigou contratualmente?

Se o apelante houvesse atendido à lição do Prof. Washington de Barros Monteiro, constante do parecer que anexou aos autos (fls. 90/91), o correto seria o oferecimento de uma ação declaratória, pois, como recomenda o citado jurista, *in verbis*: “Num segundo tempo, o devedor ajuizaria ação declaratória, com o objetivo de ver reconhecida a ilegitimidade da cobrança daqueles juros usurários, assim como da exigência de correção monetária”.

Segundo o magistério do mestre Pontes de Miranda, a ação de consignação em pagamento é ação declarativa especial, tratando-se de judicialização do ato de cumprimento da obrigação – com a eficácia da interpelação, se não foi antes feita, e a formação da relação jurídica processual, em “ação” cuja sentença é declarativa, positiva ou negativa. A sentença que se profere, dizendo ser “subsistente o depósito” ou ser “válido o depósito” ou, melhor, “ser procedente a ação de consignação em pagamento”, é sentença declarativa, sem qualquer elemento relevante de condenação (*Tratado das Ações*, t. 2, p. 157 e 171).

O entendimento adotado por esta colenda Câmara, em outros julgamentos, no sentido de que a discussão a res-

peito de cláusula contratual e sobre o *quantum* da dívida transcende o âmbito da ação de consignação em pagamento, encontra sustentação e ressonância na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Preleciona o emérito jurista Pontes de Miranda que, “na ação de consignação em pagamento, é inadmissível o depósito incompleto e condicional, visto como não se presta para decidir contenda com credor sobre o *quantum*. Como meio liberatório, que visa a extinguir obrigação, a consignação deve abranger a dívida inteira, sem acréscimo ou diminuição, sob pena de não produzir efeito algum. Deste modo, se o devedor deposita parte e o devedor recusa o depósito, não se dá mora do credor e o devedor fica em mora pelo todo, inclusive quanto à parte depositada” (*Tratado de Direito Privado*, t. 24, p. 210).

É evidente que ao juiz se faculta o exame na ação consignatória de questões de direito material que possam surgir; não lhe será lícito fazê-lo, no entanto, quando tais questões precisariam ser discutidas em outra ação. São princípios sobre os quais não lavra discordia entre ótimos doutrinadores, com destaque para Pontes de Miranda, obra e volume citados, p. 191 e seguintes; Carvalho Santos, *Comentário*, v. 13, p. 21; Lacerda de Almeida, *Dos Efeitos das Obrigações*, p. 210 e segs.; Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, 1956, t. 1, p. 521; Mendes Pimentel, *RF*, v. 75, p. 577.

O Supremo Tribunal Federal, em manifestação de matéria similar, sufragou a mesma tese.

O ministro Otávio Kelli, relator, após esclarecer que o devedor fragmentou e reduziu a dívida para se libertar da obrigação, pagando somente a soma que entendia ser devida, ressaltou: “Essa circunstância basta para que o processo de depósito em consignação, com o efeito de extinguir a dívida, não possa ter acolhida”. E invocou arresto anterior, estampado em *O Direito*, v. 93, p. 34, no qual a mesma Corte entendera não ser admissível o depósito em paga-

mento "quando empregado para o efeito de antecipar e desviar da ação, em processo próprio, a decisão de dúvidas e divergência ocorrentes entre as partes acerca de seus respectivos direitos" (Kelli, *Int. do Código Civil*, no STF, v. 1, p. 383, n. 1.145).

O ministro Antonio Neder, ao proferir o seu voto no julgamento do recurso extraordinário 85.725-DF, aduziu: "Sem dúvida, não se comprehende que o devedor, ao ajuizar demanda de consignação em pagamento, possa fazer em termos diversos daqueles que são peculiares ao pagamento. Sim, porque o direito de o devedor extinguir sua dívida por meio de consignação não é diferente do direito de extinguí-la mediante pagamento. A consignação é meio excepcional de liberação do devedor, mas a sua substancialidade é a mesma do pagamento. Por essa razão, exige o direito positivo que o objeto da consignação seja o mesmo do pagamento. Do contrário, a consignação transformar-se-ia de um excepcional meio liberatório do devedor em anômalo instrumento de aflição ao credor" (*RTJ*, v. 84, p. 262/263).

O ministro Luiz Galloti, na qualidade de relator do recurso extraordinário 77.616, quando do oferecimento do seu voto, enfatizou: "Na ação de consignação em pagamento, que é de âmbito restrito, não pode ser discutido o mérito da dívida e a recusa só é lícita quando baseada na lei ou no pacto. Fora disso, mesmo em face de possível direito subjetivo ao arrependimento, não é possível o julgamento sobre esta causa legitimadora da recusa, na inexistência de anterior decisão judicial" (*RTJ* 71, p. 210).

Esta colenda Primeira Câmara, no julgamento de apelação cível 07/88, relator o eminentíssimo desembargador Cícero Britto, analisando matéria jurídica semelhante, entendeu que: "Simples forma de extinção de obrigações, a ação de consignação em pagamento inadmitiria invasão de seu âmbito para o acertoamento de relações contratuais e para de-

bate sobre o *quantum da dívida*" (*Bahia Forense*, v. 31, p. 47).

O art. 974 do Código Civil estabelece que, para o fim de a consignação produzir o efeito de pagamento, é mister concorrerem em relação às pessoas, ao objeto, modo e tempo, todos os requisitos necessários à validade do adimplemento.

É por isso que o Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Civil de 1973 exigem depósito integral. Portanto, evidencia-se que o depósito em consignação para o fim de liberar o devedor não pode ser parcial (arts. 316 e 896).

É o que se lê em nosso direito positivo vigente (Código Civil, art. 974, e Código de Processo Civil, art. 896).

E em diplomas legais anteriores, Regulamento 737/1850, art. 397; Dec. 3.084, art. 149; Código Judiciário de Santa Catarina, art. 936; Código de Processo Civil de Minas Gerais, art. 458; Código de Processo Civil e Comercial do Espírito Santo, art. 525; Código de Processo Civil do Distrito Federal, art. 497; Código de Processo Civil da Bahia, art. 972; Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul, art. 799, e Código de Processo Civil de Pernambuco, art. 866.

É também o que se lê na doutrina, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 24, 2. ed., p. 207; Orozimbo Nonato, *Curso*, 3. parte, 1971, p. 31; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, 3. ed., v. 2, 169; Luiz Machado Guimarães, *Com.*, v. 4, p. 316; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, 1968, v. 4, p. 305; Martinho Garcez Neto, *Repositório do Direito Brasileiro*, v. 11, p. 315; João de Matos Antunes Varella, *Das Obrigações em Geral*, 2. ed., Coimbra, 1973, v. 2, p. 155.

É oportuno acentuar que o digno juiz *a quo* laborou em equívoco, ao condenar o autor ao pagamento do principal, corrigido monetariamente, juros e despesas, quando tal condenação deveria se restringir ao ônus da sucumbência, custas e honorários advocatícios.

Conclui-se, assim, que a ação de consignação em pagamento não é meio idôneo para extinção de obrigação, quando o autor se propõe depositar quantia inferior a que se obrigou contratualmente.

A ação de consignação em pagamento não é instrumental adequado para consecução da anistia prevista no art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo tema há de ser discutido em ação apropriada. Se na consignatária impossibilitada estaria a condenação do apelante ao pagamento da correção monetária, do mesmo modo na consignatária o apelado não poderia sofrer a condenação de perda da correção monetária. Fogem tais decisões da natureza da ação de consignação em pagamento, porquanto, conforme a lição do mestre Pontes de Miranda, a sentença na ação consignatória é meramente declarativa, sem qualquer elemento relevante de condenação.

Em harmonia com o exposto, rejeitadas as preliminares, negou-se provimento à apelação, mantida a improcedência da ação, condenado o autor-apelante ao ônus da sucumbência, custas e honorários advocatícios, esta última parcela consoante arbitramento na sentença.

Salvador, 23 de maio de 1990. Demeval Bellucci - Presidente. Moacyr Pitta Lima - Relator.

#### *AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA.*

O prazo de 15 dias para a interposição do recurso de apelação, cuja contagem se inicia em 1º de julho, interrompe-se a partir do dia 2 do mesmo mês, para recomeçar a correr no primeiro dia útil seguinte ao término das férias. Inteligência do art. 124 da Lei 3.731 de 22.11.79 (Lei de Organização Judiciária da Bahia) c.c. arts. 179, 173,

184 do Código de Processo Civil. Contra réus revéis os prazos correm independentemente de intimação, facultando-se a eles intervirem no processo a qualquer momento, caso em que serão recebidos no estado em que o mesmo se encontrar. Inteligência do art. 322 do Código de Processo Civil. Réus revéis não podem se beneficiar de prazo supostamente aberto à espera da juntada do aviso de recepção postal, relativa à intimação nula de advogado que não é parte no feito. Intempestividade. Recurso não conhecido.

Ap. Cív. 475/88. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 475/88, de Coaraci, em que figuram como apelantes Diana Lúcia Costa Ribeiro, seu marido, Ubirajara José Ribeiro e outros e apelado José Itamar da Costa Leite.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Dos litisconsortes passivos, os três primeiros e a última foram citados por mandado (fls. 13 e v). Alice, por si e por sua filha menor, Maria Alice; José Nilo, por si e sua mulher, Maria da Conceição; os demais o foram através de edital (fl. 19).

Revéis todos, a eles foi dado curadora especial, nos termos do art. 9º, II, do Código de Processo Civil, na pessoa da Dra. Maria Gualberto Dantas (fls. 21v/22), que atuou com denodo, em defesa dos interesses dos mesmos.

Proferida a sentença (fls. 58/61) dela foram intimados o órgão do Ministério Público e a doutora curadora especial, em 30.06.87, e o autor, em 08.07.87, tudo consoante termos de fl. 63.

Não bastasse a circunstância de haverem o advogado do autor e a doutora

curadora especial renunciado ao prazo de recurso (CPC arts. 186 e 502), o que implica dizer não poderem eles recorrer, em face da aceitação da sentença (CPC art. 503), mesmo assim, o prazo de 15 dias (CPC art. 508), que terminaria em 15 e 23 de julho de 87, respectivamente (CPC art. 506, II), prorrogou-se igualmente para todos, para 17.08.87 em razão da entrada das férias forenses em 2 de julho em diante, nos termos do art. 124 da Lei 3.731, de 22.11.79, com nova redação dada pela Lei 4.544, de 17.10.85 (Lei de Organização Judiciária da Bahia) c.c. arts. 179, 173 e 184 do Código de Processo Civil.

Os réus são revéis, repete-se, devendo a eles aplicar-se o disposto no art. 322 do Código de Processo Civil, segundo o qual contra os mesmos os prazos correrão independentemente de intimação, facultando-se, no entanto, intervir no processo a qualquer momento, caso em que serão recebidos no estado em que este se encontrar. Isso, não obstante, foi expedido um inusitado mandado de intimação aos réus para ciência da sentença (fl. 68), mandado esse datado de 09.07.87 mas só cumprido em 15.09.87 (!). Mais esdrúxula ainda foi a inconsequente intimação por carta da Dra. Maria do Carmo Tomasi Caribé (fl. 69) cujo AR somente foi juntado aos autos em 24.09.87 (fl. 68v). Ora, compulsando os autos, verifica-se que a referida advogada é pessoa completamente estranha ao feito. À mesma conclusão chegou o doutor procurador de Justiça, através do bem lançado despacho de fl. 92. Tanto é assim que intima (embora não se saiba o conteúdo e o fim da intimação, pois não há cópia nos autos), a mesma quedou-se no silêncio. Valendo-se dessa circunstância, dois dos réus constituíram procurador em 25.09.87 (fl. 76) e recorreram, protocolando seu recurso em cartório no dia 30.09.87, conforme se infere da anotação no alto, à esquerda da petição de fl. 73.

É intuitivo que dito recurso foi interposto na esteira do prazo supostamente aberto e ainda em curso, à espera

da juntada do AR da intimação feita à Dra. Maria do Carmo Tomasi Caribé (CPC art. 237, II, c.c. art. 241, V). O apelo estaria no prazo se essa intimação fosse regular, devida e não nula e de nenhum efeito como de fato o é. Assim sendo, os réus não podem se beneficiar dessa circunstância, pois o prazo de recurso para eles terminou, como se disse, em 17.08.87. Daí não há como arredar!

A tempestividade do recurso, qualquer que ele seja (CPC art. 496, I a V) constitui um dos pressupostos objetivos de sua admissibilidade. E como ensina o Prof. José Frederico Marques:

"O recurso deve ser interposto dentro do prazo legal. Se tal prazo já houver decorrido, da impugnação se não conhece e ocorre preclusão absoluta do direito de recorrer" (*in Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 1960, v.4, p.63)."

No mesmo sentido são os magistérios de José Carlos Barbosa Moreira (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, v. 5, p. 207); Humberto Theodoro Junior (*in Processo de Conhecimento*, Forense, 1978, v. 2, p. 715).

Em face de todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, não se conhece do recurso por motivo de sua intempestividade.

Salvador, 2 de maio de 1990. Demeval Bellucci - Presidente. Luiz Pederreira - Relator.

#### AÇÃO POSSESSÓRIA. POSSE. DIREITO REAL. NECESSIDADE DE OUTORGА UXÓRIA E DA CITAÇÃO DA MULHER DO RÉU. NULIDADE.

O entendimento hoje predominante é o de que a posse é um direito real e, consequentemente, nas ações possessórias, os litigantes só podem comparecer em julzo, tanto para propô-las como para contestá-las, acompanhados de suas esposas,

*sob pena de nulidade.*  
Ap. Cív. 117/89. Relator: Des. CÍCERO BRITTO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 117/89, de Taíperoá, em que é apelante Lázaro de Jesus e apelado José Vidal Muniz.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em anular o processo.

José Vidal Muniz requereu neste, contra Lázaro de Jesus, uma ação possessória, visando manter-se na posse de pequena área de terra, desmembrada da fazenda conhecida pela denominação de JACARÉ, de sua propriedade.

Em favor de sua pretensão, alegou que, para atender solicitação do prefeito municipal, cedeu a Lázaro de Jesus uma área de terra, desmembrada da FAZENDA JACARÉ, de sua propriedade, para que ele construísse uma casa residencial, exigindo apenas, como contraprestação, uma ajuda financeira, anual, para a igreja local.

Concluída a construção da casa, o acionado, aproveitando-se de sua ausência, construiu uma varanda lateral e um cômodo na parte dos fundos da casa, procedimento que, constituindo intolerável turbação, gerou prejuízos de monte.

Pretextando coibir a grave lesão ao seu direito, tentou uma conciliação, mas, como não obteve êxito, propôs a presente ação.

Citado, rebelou-se o acionado contra a pretensão ajuizada, negando a turbação, dizendo-se vítima de perseguição política e estranhando que o acionante deixasse transcorrer cinco longos anos para reclamar seus alegados direitos.

Sem examinar os pressupostos processuais, as condições da ação e a validade dos atos procedimentais, o ilustre juiz *a quo* designou data para inquirição das testemunhas indicadas pelo acionante, que compareceram independen-

temente de intimação.

Posteriormente, tomou-se o depoimento das testemunhas arroladas pelo acionado, que também vieram a juízo sem intimação.

Apresentados, em substituição ao debate oral, os memoriais, adveio a sentença, que, após converter a manutenção em reintegração, julgou a ação procedente, condenando o acionado nas custas, verba honorária e multa.

Inconformado, Lázaro de Jesus interpôs o recurso de apelação, renovando as teses discutidas no curso da ação.

Da precedente exposição, extrai-se que, para bem decidir a contenda, compete-nos preliminarmente decidir as questões alusivas à ausência de decisão saneadora, de outorga uxória e de citação da mulher do acionado.

Na vigente sistemática processual, inexistindo quaisquer das razões que importem na extinção do processo ou no julgamento antecipado da lide, cumpre ao juiz proferir a decisão saneadora.

Com efeito, se o juiz não tem elementos para julgar extinto o processo ou deslindar antecipadamente o litígio, é seu dever examinar os pressupostos processuais, as condições da ação, a validade dos atos do procedimento e decidir sobre a produção de provas.

Na hipótese *sub judice*, o douto juiz *a quo*, embora ausente qualquer causa extintiva do processo e desaconselhável o julgamento antecipado da lide, não proferiu a decisão saneadora, omissão que desmerece aplausos.

Não bastasse essa anomalia para obstar o desenvolvimento válido e regular do processo, poder-se-ia ainda invocar que o entendimento hoje predominante é o de que a posse é um direito real e, consequentemente, nas ações possessórias, os litigantes só podem comparecer em juízo, tanto para propô-las como para contestá-las, acompanhados de suas esposas, sob pena de nulidade.

No caso em debate, o acionante e o acionado, que se declararam casados, não exibiram a outorga uxória.

Ora, sendo a ação possessória uma ação de natureza real, que, para pros-

perar, exige a intimação da esposa do litigante, inquestionável é a nulidade do processo, não só porque a ação, versando sobre bem imóvel, foi promovida sem outorga uxória, mas também porque a esposa do acionado não foi convocada para a lide.

A essa compreensão, resulta evidente a nulidade *ab initio* do processo, nulidade que, em submissão à lei, se decreta.

Salvador, 7 de março de 1990. Manoel Pereira - Presidente. Cícero Britto - Relator.

#### *AÇÃO POSSESSÓRIA: EXCLUSIVIDADE DE ARBITRIO DO JUIZ.*

*A liminar em ação possessória é de exclusivo arbitrio do juiz do feito, segundo seu livre convencimento, mediante apreciação da prova e só pode ser cassada na instância superior, via agravo de instrumento, em casos de manifesta ilegalidade ou quando resultar de ato praticado com abuso de poder. Decisão mantida. Recurso improvido.*

Agr. de Inst. 66/89. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 66/89, de Camaçari, em que figuram como agravantes Edinaldo Nogueira Cerqueira e sua mulher, Célia Fraga Vieira Cerqueira, e agravados Cartagema Desenvolvimento Imobiliário e Agropecuário, Derval Carvalhal dos Santos e sua mulher, Juracira Dórea dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, eis que:

A espécie pode ser assim resumida: em 22.03.88, a firma agravada - Cartagema Desenvolvimento Imobiliário e Agropecuário Ltda. -, na condição de procuradora de Gregório de Souza Cunha, sua mulher Filomena Damasceno Cunha e outros, ajuizou, na 1<sup>a</sup> Vara Cível da comarca de Camaçari, ação de interdito proibitório (proc. 8.990/88, por fotocópia às fls. 150 e segs.) contra o agravante varão, pleiteando que o juízo lhe segurasse contra turbação e violência iminente por parte do mesmo, o qual esteve juntamente com outras pessoas na Fazenda Caratingui (de propriedade dos agravados, Gregório de Souza Cunha e outros, que a receberam em herança, por falecimento de Antônio de Souza Cunha), alardeando que cerca de 200.000m<sup>2</sup> das terras da referida fazenda lhe pertenciam e que iria providenciar sua demarcação e construção de cercas e barracão para constituir sua posse no local. Pois bem.

Na mesma data (22.03.88), o agravante varão aforou ação de reintegração de posse (proc. 9.006/88, por fotocópia às fls. 23 e segs.) contra Derval Carvalhal dos Santos e sua mulher, Juracira Dórea dos Santos, e Cartagema Desenvolvimento Imobiliário e Agropecuário Ltda., sob a alegação de que Derval, em 15.01.88, dizendo-se representante dos interesses da família de Antônio de Souza Cunha e alegando ser a Fazenda Sapato propriedade da mesma família, mandou interromper a construção de cerca que seus prepostos faziam e ainda destruiu outra já feita, além de ter substituído estacas e arame farpado.

Pelo despacho de fl. 186, o juiz *a quo*, em face da conexidade existente entre as ações, determinou a reunião de ambas, a fim de serem julgadas simultaneamente, de modo a evitar decisões contraditórias.

Feita a justificação prévia, o juiz indeferiu a liminar requerida, na ação de reintegração de posse, e deferiu idêntica medida, pleiteada pela firma agravada, mas não como interdito e sim "na modalidade de manutenção de posse" (fls. 200/2). É contra essa decisão que se in-

terpõe o presente agravo.

Sem razão, *data veria*. De fato.

O juiz *a quo*, para decidir como decidiu, produziu prova na audiência de justificação prévia e a sopesou juntamente com a prova documental acostada à inicial. A liminar assim concedida em um processo (e negada em outro) é fruto de seu largo arbítrio, de modo que, segundo a melhor jurisprudência, só pode ser cassada na instância superior, quando resultar de ato praticado contra a lei ou com abuso de poder, o que, evidentemente, não é o caso dos autos.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Alçada do Paraná:

"A concessão de medida possessória *initio litis* é faculdade que se insere no poder que a própria lei confere ao juiz, uma vez convencido da configuração dos pressupostos do art. 927 do CPC, para os efeitos de restaurar-se situação anterior modificada pelo ato turbativo ou espoliativo. Tal decisão, de convencimento superficial e de caráter provisório, não induz prejulgamento da lide, posto que sequer se incorpora à sentença final a ser proferida e desta independe, e, quando não abusiva ou ilegal, é de ser mantida, admitindo-se nesse juízo provisório o exame aprofundado de matéria de alta indagação que repercuta no próprio mérito da ação" (Agr. de inst. 260/83, de União da Vitoria; 1<sup>a</sup> Câm., j. 06.12.83, *in RT* 593/236).

No mesmo sentido são os julgados insertos na *RT* 494/91; 498/107; 505/52; 536/152; 552/162; 557/167; 571/194; 572/163; 572/223; 590/233 e 596/224.

De mais a mais, a medida hostilizada é provisória, podendo ainda ser cassada a final, quando do julgamento definitivo e simultâneo dos feitos, ou a qualquer tempo no curso da lide (cf. Odilon de Andrade, *in Código de Processo Civil*, p. 220; Pontes de Miranda, *in Código de Processo Civil*, v.6, p. 63). Sendo assim, justifica-se que o juiz seja menos exigente do que ao examinar o material probatório com vistas ao julgamento definitivo (cf. Adroaldo Furta-

do Fabrício, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 1980, v. 8, t.3, p. 551).

Em resumo, o convencimento provisório do juiz *a quo* não merece ser alterado. A decisão impugnada não contém nenhuma ilegalidade nem revela abuso de poder pelo mesmo praticado.

Em face do exposto e por tudo o mais que dos autos consta, nega-se provimento ao agravo.

Salvador, 23 de agosto de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Luiz Pedreira – Relator.

#### AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

*Se entre os proprietários do imóvel existe menor incapaz, contra ele não corre prazo prescricional nem se consuma usucapião. Inteligência dos arts. 169, I, e 553 do Código Civil. Não se decreta a nulidade do processo, por falta de intervenção do Ministério Públco em ação que existe interesse de incapaz, se o resultado final foi favorável a este. Preliminares rejeitadas. In casu, requisitos reunidos e comprovados para o exercício e êxito da ação reivindicatória, a saber: título de domínio, individualização do bem imóvel e posse injusta por parte da apelante. Desapropriação iniciada mas não consumada. Ocupação das terras a partir de acordo no qual se comprometia a fazer o pagamento ao longo do ano e não no ato da assinatura. Não-comprovação do pagamento. Inexistência de escritura ou sentença judicial. Sentença mantida. Recurso improvido.*

Ap. Cív. 78/89. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação cível 78/89, de Cruz das Almas, em que figuram como apelante Rede Ferroviária Federal S/A e apelados Fazenda Bonsucesso Ltda. e outros.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Não acolho as preliminares de prescrição da ação reivindicatória e de consumação de usucapião, suscitadas pela apelante (fls. 187/192 e nem a levantada pela dnota Procuradoria de Justiça (fls. 224/225) relativa à nulidade do processo pela não-intervenção do Ministério Público. Eis porque:

Ao contrário do que afirmam os apelados (fls. 209/210), a prescrição pode, sim, ser deduzida a qualquer tempo, nos termos do art. 303, III, do Código de Processo Civil (cf. J.J. Calmon de Passos, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v.3, p. 286; José Carlos Barbosa Moreira, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, v.5, p. 353). Inclusive, em sede de apelação, como se deu. No caso dos autos, no entanto, não corre prazo prescricional *ex vi* do disposto no art. 169, I, do Código Civil, por haver, entre os apelados, menor incapaz. Trata-se de Ricardo Magalhães Passos Frota, a quem se atribuiu a condição de menor impúbere, ainda no tempo do ajuizamento da ação, em 30.04.85 (fl. 4). E, de acordo com o disposto no art. 553 do Código Civil, assim como a prescrição, pelo mesmo motivo, o usucapião também não pode ser invocado nos autos, pois as causas que obstante suspendem ou interrompem a prescrição, também, se aplicam ao usucapião. Tanto é assim que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no julgamento do usucapião extraordinário, deixou assentado em acórdão da lavra do desembargador Raoul Buendgens, que:

“Se entre os proprietários do imóvel existe algum incapaz, contra ele não corre o prazo prescricional (art. 169 do CC)” (Ap. 12.957, da 1<sup>a</sup> Câm. do TJ-

SC, j. 22.06.78, *in RT* 542/232).

E, como se não bastasse a impertinência quanto à invocação de usucapião, sobressai-se, aqui e agora, em segunda instância, sem do assunto ter-se cuidado no juízo inferior. Não se desconhece que o usucapião pode ser utilizado como meio de defesa. Desde a contestação, porém.

Por igual, é insubstancial a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça. É que a nulidade a que alude o art. 84 c.c. art. 246 do Código de Processo Civil, por falta de intervenção do Ministério Público (CPC, arts. 82, I, e 9º, I), só ocorre se houver prejuízo para o menor. O Tribunal de Justiça do Ceará trouxe a público acórdão seu, extraído dos autos da apelação cível 14.423 (2<sup>a</sup> Câm., Fortaleza, j. 27.04.83), de que foi relator o desembargador Antonio Carlos Costa e Silva, assim ementado:

“Não deve ser decretada a nulidade do processo por ausência do órgão do Ministério Público, em ação onde existe interesse de incapaz se o resultado final foi favorável a este, uma vez que a atuação do *custos legis* se destina a fortificar o desempenho do representante legal do incapaz” (cf. Arruda Alvim e Tereza Arruda Alvim Pinto, *in Nulidades Processuais – Repertório de Jurisprudência e Doutrina*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1986, p.178).

Nesse sentido, é a jurisprudência dos tribunais (*RTJ* 38/206; 46/68; 53/130; 56/880; 58/763; *RT* 530/204; 565/124; *Rev. de Jurisprudência do TJ-RS*, 53/302). No caso dos autos, prejuízo não houve. O menor Ricardo Magalhães Passos Frota, através da sentença de fls. 147/156, obteve ganho de causa.

Por tais fundamentos que deixo assentados, rejeitam-se as preliminares. Quanto ao mérito, entende-se que a sentença bem aplicou o direito à espécie de modo que a mesma merece subsistir. De fato.

A ação reivindicatória é aquela que compete ao senhor da coisa para retomá-la do poder de terceiro, que, injustamente, a detém (cf. Lafayette, *in Di-*

*reito das Coisas*, § 82). Já ensinava Correia Teles que, para fazer jus ao seu exercício, devia o autor: a) exibir o título de domínio; b) individualizar precisamente a coisa; c) provar a posse injusta por parte do réu (*in Doutrina das Ações*, anotada por Pontes de Miranda, § 70). Ainda hoje são exigidos tais requisitos. E, aplicando a lição dos mestres à espécie, tem-se que os requisitos estão provados.

Ora, os apelados têm título de domínio, os quais estão cristalizados nos documentos de fls. 14/45, valendo ressaltar que até prova em contrário a propriedade pertence àquele em cujo nome esteja transrito o imóvel. E aqui o registro está em nome dos apelados (fls. 21, 37, 41) e não em nome da apelante (fl. 47). A área, por sua vez, está perfeitamente individualizada (fl. 46). Resta perquirir acerca da posse injusta da apelante. Para os efeitos da reivindicatória, a posse injusta não se infere apenas da violência, precariedade ou clandestinidade a que alude o art. 489 do Código Civil. O sentido de posse injusta, relativamente à reivindicatória, torna-se mais amplo, considerando-se que:

"Se a posse de boa fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto diante do fato da posse. Mesmo de boa fé, a posse cede ao domínio nessa ação específica de defesa dele. A detenção injusta se há de entender, então, como detenção sem título do proprietário, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas" (*in RT 153/250*).

A apelante detém a posse mas realmente não possui título de domínio. O acordo de fl. 46 não passou de manifestação de intenção, uma vez que formalmente não houve desapropriação e nem pagamento do preço respectivo. Dito acordo data de 25.01.50 e nele se lê que a desapropriante:

"... se obriga a pagar a importância total de Cr\$90.000,00 no curso do exercício de 1950, mediante a outorga da respectiva escritura de compra e venda; 3º) o presente acordo dependerá de aprovação do senhor diretor geral do

Departamento Nacional de Estradas de Ferro, ficando de nenhum efeito, se assim entender esta autoridade..."

Realmente, os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com a desapropriação em si mesma.

A só existência do Decreto 26.862, datado de 08.07.49 (por fotocópia à fl. 94), não induz que tenha se consumado a desapropriação. Pode até ter-se iniciado, pois é sabido que o decreto não é ainda desapropriação. Decreto desapropriatório é ato-condição que precede a efetivação de transferência do bem para o domínio do expropriante; é ato declaratório de utilidade pública ou necessidade pública ou de interesse social, para fins de desapropriação. A aceitação da oferta feita pela expropriante, segue-se a transmissão da propriedade, exteriorizando-se por meio de escritura pública e o competente registro no Cartório do Registro de Imóveis. Ou, como diz Hely Lopes Meirelles:

"... A desapropriação poderá ser efetivada por via administrativa ou por processo judicial, sendo mesmo recomendável o acordo na órbita interna da administração, após a declaração expropriatória. A via administrativa se constitui no acordo entre as partes quanto ao preço, reduzido a termo para a transferência do bem expropriado, o qual, se imóvel, exige escritura pública para a subsequente transcrição no registro imobiliário competente, salvo para as desapropriações do Nordeste que a Lei 6.160, de 06.12.74, simplificou para instrumento particular..." (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Rev. dos Trib., 1975, p.548).<sup>1</sup>

O documento de fl. 62 não tem o valor probatório emprestado pela apelante. Não vale como confissão. Quando muito serve como proposta.

Enfim, a apelante não juntou a faltada escritura nem provou ter feito o pagamento da desapropriação. Constou do acordo que o pagamento seria feito ao longo do ano de 1950, e não no ato da assinatura, em 25 de janeiro.

Por outro lado, nada provam as cartas dos prefeitos (fls. 193/203), pe-

dindo que lhes fosse doado o que restou das instalações da extinta Estrada de Ferro Cruz das Almas – Santo Antônio de Jesus – Nazaré. Apenas mostram que tais instalações perderam sua finalidade e podiam ser aproveitadas por qualquer uma daquelas prefeituras.

Como se verifica, a sentença merece subsistir pelos seus próprios fundamentos e pelos aqui aduzidos.

Em face de todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 9 de maio de 1990. Demeval Bellucci – Presidente. Luiz Pederreira – Relator.

#### **CONCORDATA PREVENTIVA. CONVERSÃO EM FALÊNCIA. NÃO-ACOLHIMENTO. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO.**

*O despacho que denega conversão de concordata preventiva em falência é irrecorribel. Pela nova redação dada pelo art. 5º da Lei 6.014, de 1973, ao art. 207 da lei falimentar, a regra do art. 204 não mais subsiste, passando o prazo recursal a ser contado a partir da intimação da sentença ou decisão recorrida. A conjuntura econômica afeta ao devedor e também ao credor, que sofre as agruras da recessão, da retração do crédito, do dinheiro caro, da alta taxa de juros e demais consequências dos fenômenos econômicos. Certa a decisão que autorizou a realização do depósito pela concordatária, a destempo, sem a correção monetária prevista no art. 175 da lei de falências, alicerçada na ocorrência do obstáculo judicial e óbice criado pelos próprios credores. Agravo improvido. Agr. de Inst. 220/89. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.*

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 220/89, da comarca de Itabuna, sendo agravante o Banco Econômico S/A e agravada Itacomcal – Itabuna Comercial de Cacau Ltda.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Incorporado a este o relatório de fls. assim decidiram pelos motivos seguintes.

Para proceder-se à efetiva apreciação do presente recurso, necessária é a ressalva de que as razões trazidas aos autos pela ora agravada foram oferecidas em igual teor para os inúmeros agravos interpostos nos autos da concordata preventiva, seja contra a decisão que indeferiu o requerimento de decretação de falência da agravada, autuado em apenso aos da concordata, seja contra a parte da decisão que inadmitiu a correção monetária, tendo em vista a excepcionalidade do caso sob julgamento.

Tal esclarecimento se torna necessário em face do efeito devolutivo do agravo de instrumento, desde que somente serão analisados os argumentos esposados nas razões da agravada, que digam respeito à questão ventilada pelo ora agravante.

Cuida-se de agravo interposto pelo Banco Econômico S/A, nos autos da concordata preventiva da Itacomcal – Itabuna Comercial de Cacau, contra decisão do juiz *a quo*, encontrada às fls. 27 a 34, onde foram deliberados os seguintes incidentes:

- “a) pedidos de falências da concordatária, autuados em apenso;
- b) pendência a respeito de depósito das prestações, se deverão ser as mesmas efetuadas na base dos valores declarados, ou deverão

- ocorrer somente após os julgamentos dos créditos;
- c) pendência a respeito da aplicação ou não da correção monetária à espécie, e,
  - d) levantamento das parcelas depositadas".

Observe-se, todavia, que a irresignação do ora agravante prende-se ao fato de ter a decisão recorrida, orientando-se no sentido da inaplicabilidade da Lei 6.899/81, autorizado a realização do depósito de que trata o § 1º do art. 175 da Lei de Falências, sem correção monetária, sob o argumento de obstáculo judicial e de óbice criados pelos próprios credores.

Assim é que, mesmo tendo a decisão recorrida resolvido os incidentes processuais aqui já mencionados, somente a matéria suscitada neste agravio que merecerá apreciação e julgamento.

De início, impõe-se a devida análise das preliminares suscitadas pela agravada, em suas razões.

1º) Sustenta a agravada o incabimento do recurso de agravo de instrumento, sob os seguintes argumentos:

- que a decisão que denegou o pedido de falência em autos apensados e a decisão ora recorrida são unas, porque prolatadas em função de incidentes recolhidos dos autos da Concordata 064/85, sendo, pois, terminativa, onde o recurso cabível seria a apelação;

- que a Lei de Falências, dispondo sobre os casos passíveis de agravo de instrumento, exclui as hipóteses previstas nos arts. 19, 97 e 99, parágrafo único, e

- que a decisão recorrida, ao retificar anterior decisão que autorizou a venda de bens da concordatária, somente seria passível de agravo mediante a apresentação de embargos.

Em que pese o entendimento esparsado pela agravada, temos que não merece acolhida a preliminar, desde que insubstinentes os seus argumentos.

a) Com efeito, conforme acentuamos anteriormente, não se insurge o agravante contra o inteiro teor da decisão recorrida, mas, tão-somente, no que

foi expedido em suas razões.

Não há como admitir-se que tenha a decisão de fl. 27 deliberado sobre os pedidos de falência, quando ali se ressalta que o indeferimento de tais pedidos foi devidamente justificado "no apenso onde foram autuados".

Não se vislumbra que tenha o agravante se insurgido contra o indeferimento do pedido de falência, e nem poderia, uma vez que a jurisprudência enuncia que "o despacho que denega conversão de concordata preventiva em falência é irrecorrível" (RT 494/67).

b) No que tange ao segundo argumento, suscita a agravada que, sendo a lei falimentar de natureza especial, que contém norma processual própria, prevê todos os recursos cabíveis e, não estando a decisão recorrida entre os casos relacionados, quer para interposição de agravo, quer para a apelação, incabível seria o recurso de agravo ora interposto e impossível seria a sua conversão em apelo.

Todavia, observa-se que a decisão do juiz *a quo* determinou o processamento da concordata, conforme o disposto nos arts. 161, § 1º, e 163 da Lei de Falências e, não prevendo recurso para hipótese, admite a jurisprudência a aplicação supletiva do Código de Processo Civil, sendo, pois, cabível o agravo interposto.

c) Ainda como argumento da inviabilização do agravo, sustenta a agravada que, estando a decisão recorrida a ratificar decisão anterior que autorizou a venda de bens da concordatária, necessária seria a prévia apresentação de embargos de terceiro ou à alienação.

Entendemos pela improcedência da alegação da agravada, tendo em vista que a decisão que autorizou a venda de bens foi impugnada por inúmeros agravos, que foram rechaçados na segunda instância, a exemplo dos agravos 225/87 e 60/87.

Dessa forma, quando a decisão recorrida fez referência à decisão que autorizou a venda de bens da concordatária, assim o fez a fim de fundamentar as conclusões nela expedidas.

Diante de todas as razões acima explicitadas, rejeitou-se a preliminar de incabimento do agravo, impondo-se, dessarte, o seu conhecimento.

2º) Se não bastasse, insiste a agravada que, mesmo que cabível o agravo, haveria de concluir-se pela sua intempestividade, a teor do que preceita o art. 204 da Lei de Falências, que estabelece prazos peremptórios e contínuos, independentemente de publicação ou intimação.

Ressalve-se que tal preliminar é reiteradamente alegada pela agravada em todos os recursos em que figura como recorrida, sendo que, em todos eles, rejeitou o Tribunal de Justiça a alegada intempestividade, com o fundamento de que a nova redação dada pelo art. 5º da Lei 6.014, de 1973, ao art. 207 da lei falimentar, a regra do art. 204 não mais subsiste, passando o prazo recursal a ser contado a partir da intimação da sentença ou decisão recorrida (RJTJESP 55/18, RT 527/229, 616/159, RF 291/263, RJTJESP 37/144, 102/183).

Rejeitou-se, portanto, a preliminar, conhecendo-se, dessarte, do recurso, certo que, interposto em 06.04.89, antes mesmo da juntada aos autos do aviso de recebimento, conforme certidão de fl. 36.

3º) No rosário de preliminares, suscita, ainda, a agravada a inépcia do recurso de agravo, porque resultante de decisão denegatória de decretação de falência, antes da oportunidade do art. 176.

No particular, entendeu-se que os argumentos oferecidos para a rejeição da preliminar de incabimento do recurso, no que se refere ao alegado caráter "terminativo" da decisão recorrida, aplicam-se *in toto* para rechaçar a alegada "inépcia".

Mas, não é só.

4º) Incansavelmente, entende a agravada pela suspensão do julgamento do presente agravo, até que sejam resolvidos os processos referentes à exceção de incompetência opostos no juízo de execução e às ações revocatórias pro-

postas pelo Banco Boavista S/A e Chandler.

Entretanto, mais uma vez, negou-se guarida à pretensão da agravada, inclusive, por não restar suficientemente demonstrada a existência de "questão de prejudicialidade externa".

Rejeitadas todas as preliminares, impõe-se, finalmente, o exame das questões ventiladas no presente agravo de instrumento.

Conforme ressaltado anteriormente, verifica-se que, apesar de ter a decisão recorrida resolvida vários incidentes, somente insurgeu-se o Banco Econômico, ora agravante, no ponto em que foi autorizado à concordatária a realização do depósito de que trata o § 1º do art. 175 da Lei de Falências, sem correção monetária, mesmo que a destempo, com o argumento de obstáculos judiciais e de óbice criados pelos próprios credores.

Para tanto, aduz o agravante, em síntese:

– que a incidência de correção monetária na concordata encontra-se sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal em vários acórdãos, em orientação oposta àquela adotada na decisão agravada;

– que o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal está em sintonia com a Lei de Falências, que, com as alterações introduzidas pela Lei 7.274/84, admitiu a correção monetária, quando o depósito de que cuida o § 1º do art. 175 é efetuado fora do prazo ali previsto;

– que, inobstante esse dispositivo legal, permitiu o juiz de primeiro grau a realização do depósito pela concordatária, sem correção monetária, quatro anos após o ingresso do pedido em juízo;

– que o argumento de obstáculo judicial não prospera, por não estar subordinado o depósito a qualquer espécie de ato judicial;

– que não procede a alegação de que os depósitos não foram feitos devendo à falta de autorização para venda de bens, pois a prevalecer tal entendimento,

seria admitir-se o oferecimento de caução de bens no lugar do depósito;

— que a decisão agravada viola as disposições contidas na Lei de Falências, desde que não efetuados os depósitos nos prazos, impunha-se a decretariação da falência, nos termos do citado art. 175.

Examinando-se a decisão recorrida, no ponto ora impugnado, há de se concluir que, não obstante a orientação expressada pelo ilustre julgador quanto à inaplicabilidade da correção monetária na concordata, o suporte do seu conveniente, em autorizar o depósito fora do prazo estipulado na Lei de Falências, sem incidência de correção monetária, ficou sob o pátio da excepcionalidade do caso, decorrente de obstáculos judiciais e prejudiciais, não imputados à concordataria.

Antes de qualquer ponderação, vem a propósito lembrar-se que a concordata preventiva “constitui um benefício outorgado pelo Estado, através de sentença judicial, ao empresário honesto e de boa fé, infeliz em seus negócios. Tem ela por finalidade facilitar o pagamento dos credores, com dilações de prazo ou remissão de parte da dívida, e, consequentemente, permitir ao empresário evitar a falência, reconstituindo e prosseguindo em sua atividade” (Rubens Requião, *in Curso de Direito Falimentar*, Saraiva, v. 2, 162).

Atualmente, já se tornou matéria diária na imprensa o pedido de concordata feito por empresas consideradas de grande poder econômico, constituindo fato público que grandes empresários, confiando no famigerado “Plano Cruzado”, ficaram diante do endividamento estimulado pela política oficial, e, diante disso, só lhes restou o horizonte da bancarrota total e inevitável.

A título de ilustração, convém que se ressalte o diagnóstico oferecido por Max Sender, presidente da Serasa (Centralização de Serviços de Bancos S/A), de que “nos primeiros oito meses do Plano Collor, por exemplo, foram registrados 1.230 casos de concordatas e falências, contra 2.083 em igual prazo

do Plano Cruzado, 3.895 do Plano Bresser e 1.862 do Plano Verão” (jornal A TARDE, 14.11.90, 2º caderno, p.16).

Justifica-se, assim, a preocupação da equipe econômica do governo diante do crescente número de pedidos de concordatas, “que ameaça provocar uma quebra de cadeia das empresas credoras das concordatárias, além de desequilibrar o sistema financeiro em geral” (jornal A TARDE, 11.11.90, p. 10).

Isso demonstra que a conjuntura econômica afeta o devedor e também o credor, que sofrem as agruras da recessão, da retração do crédito, do dinheiro caro, da alta taxa de juros e demais consequências dos fenômenos econômicos.

Vem a pelo a manifestação colhida no julgamento da apelação cível 21.792-1 do Tribunal de Justiça de São Paulo, constante do voto proferido pelo desembargador César Moraes:

“Anote-se que a atividade comercial é empreitada de risco, em especial nos momentos de crise econômica: o que contrata com comerciante não ignora que fatores de conjuntura buscam levar a empresa a um desequilíbrio e a uma insolvência monetária; há de, consequentemente, suportar o risco previsível de se submeter aos efeitos de uma concordata, sempre melhor que os de uma falência. E, ante a concordata, não pode querer que só ele — credor — tenha imunidade total, dela saindo sem mínima perda, na moratória que se concedeu a comerciante honesto e de boa fé, surpreendido, como o credor, por inusitada transformação na área negocial” (“Correção Monetária: Concordata e Crédito Fiscais” de Eros Roberto Gran, RT 1984, p.15/16).

Nessas condições, é o empresário da produção que deve ser preservado pela própria política econômica do governo, que impõe o estado falitário às empresas, que, não dispondo de recursos de um Fundo Monetário Internacional, não podem evitar a débâcle, ou seja, a ruína financeira.

Por conseguinte, toda vez que a crise econômica enseja reiterados pedidos de concordatas, ressurge a discussão sobre a aplicação de correção monetária em falências e concordatas, fruto de velha e debatida divergência, que oferece subsídios para inúmeras correntes doutrinárias e resulta em copiosa jurisprudência, que, ainda intranquila, assiste tanto aos que são contra quanto aos que são a favor da incidência da correção monetária no processo falatório.

Em nosso entender, a discussão tanto doutrinária quanto pretoriana acerca da incidência ou não da correção monetária em falências e concordatas não cessará tão cedo, tendo em vista as suas implicações caóticas instaladas na economia brasileira.

No caso *sub judice*, observa-se que, tanto na decisão agravada quanto nas razões do agravo, restaram enfocados argumentos doutrinários e jurisprudenciais com nítidas divergências, invocando o agravante a orientação do Supremo Tribunal Federal pela aplicação da Lei 6.899/81 na concordata, e, por outro lado, colocando-se a decisão recorrida pela inaplicabilidade da correção monetária.

Mesmo diante disso, não nos promos a transcrever opiniões doutrinárias ou inúmeros escólios jurisprudenciais sobre a aplicação ou não da correção monetária em concordata, mesmo porque a controvérsia suscitada no presente agravo prende-se à aplicação da Lei 7.274/84, que trouxe substancial reformulação do processo da concordata preventiva, instituindo a correção monetária, de modo específico e em determinadas condições.

Pela nova sistemática legal da concordata preventiva, a correção monetária tem campo de incidência específica, previsto no art. 175 da lei falencial, quando o concordatário não efetua o depósito no prazo e na forma prevista no inc. I do § 1º desse artigo.

Ora, a irresignação do agravante reside, justamente, no fato de ter o juiz de primeiro grau autorizado a realização

do depósito pela concordatária, a destempo, sem a correção monetária prevista no art. 175 da Lei de Falências, com o argumento de ocorrência do obstáculo judicial e de óbice criado pelos próprios credores.

Dispõe o citado art. 175:

"Art. 175. O prazo para o cumprimento da concordata inicia-se na data do ingresso do pedido em juízo.

§ 1º – O devedor, sob pena de decretação de falência, deverá:

I – efetuar depósito, em dinheiro, das quantias que se vencem antes da sentença que conceder a concordata, até o dia imediato ao dos respectivos vencimentos, se a concordata for a prazo; se à vista, efetuar igual depósito das quantias correspondentes à percentagem devida aos credores quirografários, dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data do ingresso do pedido em juízo;

II – pagar as custas e despesas do processo e a remuneração devida ao comissário dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data em que for proferida a sentença de concessão da concordata.

§ 2º – O depósito realizado nos termos do parágrafo anterior independe do quadro geral dos credores e de cálculo de contador do juízo, cabendo ao concordatário efetuá-lo, atendendo à soma das seguintes parcelas:

I – créditos constantes da lista nominativa prevista nos incs. C e VI do parágrafo único do art. 159 desta lei, ainda que pendente procedimento de impugnação;

II – créditos admitidos por sentença, mesmo sujeita a recurso.

§ 3º – Na hipótese do § 1º deste artigo, a correção monetária não incidirá sobre período anterior às datas dos depósitos.

§ 4º – O juiz determinará que o valor referido no parágrafo anterior seja depositado, no prazo de 24

(vinte e quatro) horas, em instituição financeira, à ordem judicial e em conta que credite juros e correção monetária, cujo resultado reverterá em favor dos credores, na proporção dos respectivos créditos.

§ 5º – As parcelas depositadas referentes a créditos posteriormente excluídos reverterão, com os respectivos juros e correção monetária, a favor do concordatário.

§ 6º – Não efetuado o depósito no prazo e na forma prevista no inc. I do § 1º, sem prejuízo do disposto no § 7º, ambos deste artigo, incidirá correção monetária, que será contada a partir do dia imediato ao do vencimento da prestação, se for a prazo; se for à vista, a partir do 31º (trigésimo primeiro) dia subsequente ao do ingresso do pedido em juízo.

§ 7º – A correção monetária incidirá nos créditos que, por qualquer motivo, não forem incluídos no depósito, observado o parágrafo anterior.

§ 8º – Vencido o prazo a que se refere o inc. I do § 1º deste artigo, sem que haja o depósito, o escritório fará os autos conclusos ao juiz, que decretará a falência, decisão que cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo.

§ 9º – O depósito só poderá ser considerado, para efeito da reforma da decisão, se, mesmo efetuado tardiamente, compreender correção monetária e os juros previstos no parágrafo único do art. 163 desta lei".

Observe-se, assim, que a lei 7.274, de 10.12.84, ao alterar o art. 175, *caput*, e o parágrafo único acrescendo os parágrafos 2º a 9º do Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, espancou toda a controvérsia jurisprudencial derredor da aplicabilidade da Lei 6.899/81, sendo, pois, impertinente a cogitação da correção monetária na concordata, salvo na hipótese prevista pela Lei 7.274/84, ou seja, quando o concordatário não efetuar o depósito no prazo legal.

Compulsando-se os autos, observase que requereu a Itacomcal concordata preventiva, nos termos do inc. II do art. 156, com aplicação do art. 163, parágrafo único, da Lei de Falências.

Amparada pelo art. 149, do mesmo diploma legal, requereu a concordatária a venda de bens imóveis e móveis, constitutivos do seu ativo, antes mesmo do vencimento da primeira parcela do seu débito.

Do pedido de concordata até a prolação da decisão recorrida, requereu e reiterou a agravada insistentes pedidos de venda de bens, sem obter qualquer pronunciamento judicial a respeito, em tempo hábil (cf. petições de fls. 54/55, 79/82, 253, 345/346, 414, 447/448, 459, 466, 475, 487/490, 552/561).

Autorizada a venda de bens, de início, pela decisão de fl. 59, proferida em 18.08.86, e pela decisão de fls. 562 a 566, de 27.07.87, inúmeras impugnações foram oferecidas pelos credores, inclusive, sem o amparo do art. 149, conforme se verifica às fls. 64/65, 66/67, 68/70, 71/72, 73/74, 76/78, 386/387, sem embargos de inúmeros agravos interpostos contra tais decisões, e até mesmo ação mandamental impetrada pelo ora agravante, e onde foi obtida liminar para a suspensão do ato.

Ao lado de tantos incidentes processuais criados pelos próprios credores, impedindo, sem sombra de dúvida, que a concordatária, sob a supervisão judicial, procedesse à venda de seus bens e, com o seu resultado, efetuasse os depósitos no prazo previsto em lei, evidencia-se que, durante a tramitação do processo de concordata, três juízes atuaram nos autos e, no entanto, somente apreciaram os requerimentos da concordatária, a destempo.

Ora, como reconhecido na decisão agravada, não há como concluir-se pela culpa da concordatária, pelo depósito inopportuno, a ensejar a aplicação de correção monetária, ou mesmo a decretação de falência.

A correção monetária instituída pela Lei 7.274/84 foi apenas das presta-

ções processuais e não da obrigação de direito material a que visa a concordata satisfazer, ou seja, objetiva a lei prevenir a perpetuação dos processos e desvirtuamento do instituto, procurando imprimir celeridade processual às concordatas.

Todavia, no processo *sub judice*, o que se constatam são absurdas prorras-tinações do seu processamento, decorrentes de sucessivos expedientes protelatórios usados pelos credores e pela falta de um tratamento judicial consentâneo com os reclamos da concordatária para a solução de seu reerguimento.

Não se vislumbra, em momento algum, a responsabilização da concordatária no prolongamento indefinido do processo, de modo a ser-lhe imputada uma insuportável correção monetária a que não deu causa.

Ao contrário, delineia-se nos autos o escopo da concordatária na sua preservação, como unidade produtiva e de valia social dentro do ramo da cacaicultura.

A conjuntura desfavorável que o cacau vem enfrentando nos últimos anos tem acarretado pedido de concordatas por grandes empresas exportadoras, a exemplo do grupo Chaves, Joaquim Manoel de Carvalho e outros tantos, que buscam uma proteção jurídica capaz de possibilitar sua recuperação econômica.

Diante disso, o fato de ter a concordatária agravada recorrido do seu patrimônio imobiliário para satisfazer os compromissos assumidos não demonstra sua inviabilidade, mas, sim, o esforço em sua preservação, apesar da crise enfrentada.

Por outra face, ao insurgir-se o agravante contra a venda de bens pela concordatária, revolve matéria já decidida por este Tribunal de Justiça, a exemplo dos agravos 60/87 e 225/87, nos quais figurei como relator.

Se não bastasse, lembramos ao agravante que o depósito judicial de que trata o inc. I do § 1º do art. 175 da Lei de Falências está sujeito à determinação do juiz, conforme o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Diante de todo o exposto, rejeitadas as preliminares suscitadas nas razões da agravada, concluiu-se, também, pelo total improviso do agravo, mantendo-se, destarte, a decisão recorrida em todos os seus fundamentos.

Salvador, 23 de novembro de 1990.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

#### **DESERÇÃO. AUSÊNCIA DO ADVOGADO. INOCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA.**

*A ausência do advogado não pode ser invocada como motivo de força maior, capaz de impedir o preparo do recurso, porque o preparo não é ato que exija a presença do advogado, podendo ser praticado por qualquer pessoa.*

Agr. de Inst. 60/89. Relator: Des. CÍCERO BRITTO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento de Salvador 60/89, em que é agravante o BMC – Banco Mercantil de Crédito S.A. – e agravado o Frigorífico Dical Ltda.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

O BMC – Banco Mercantil de Crédito S.A. –, irresignado com a decisão que julgou deserta a apelação interposta nos autos da ação cautelar de protesto que lhe move o Frigorífico Dical Ltda., interpôs o recurso de agravo de instrumento.

Nas suas razões recursais, alegou que, intimado para fazer o preparo do recurso de apelação, procurou o cartório, sendo informado que as guias não poderiam ser expedidas naquela oportunidade, porque o processo estava em

poder de um serventuário para correção de equívoco.

Imaginou o recorrente que, reparando o equívoco, fosse feita nova intimação e expedidas as guias para o preparo, mas, para seu desencanto, não se fez uma coisa nem outra.

Censurando a atividade cartorária, geradora de reiteradas denúncias, realçou o agravante que, na ocasião da publicação intimatória, encontrava-se em outra comarca, em pleno exercício de seu *munus*.

De resto, advogou a ocorrência de justa causa, advinda de evento imprevisto, alheio à sua vontade e que o impediou de fazer, no devido tempo, o preparo do recurso.

A desrazão do agravante, contudo, é transparente, não precisando, para demonstrá-la, de invocações doutrinárias ou jurisprudenciais.

No sistema processual vigente, os atos processuais têm que ser realizados com submissão aos prazos previstos em lei, sob pena de preclusão.

Assim, decorrido o prazo fixado para a prática do ato processual, extingue-se o direito de fazê-lo, salvo prova de justo impedimento, que é o evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impede de realizar o ato.

No caso em discussão, não comprovou o agravante o alegado embargo cartorário, impeditivo da feitura do preparo, de modo a justificar a prorrogação do prazo e efetuar o ato que lhe cabia.

Injustifica-se, igualmente, a omissão do preparo com fundamento de que, por ocasião da publicação do ato intimatório, o ilustre advogado do agravante não se encontrava na comarca.

A ausência do duto causídico, além de incomprovada, não constitui justo impedimento, não constitui motivo de força maior, capaz de interromper o curso do prazo de preparo.

Com efeito, a episódica viagem do advogado não pode ser invocada como motivo impeditivo do preparo da apelação, porque, de par com a falta de comprovação, o preparo não é ato que exija a presença do advogado, podendo ser

praticado por qualquer pessoa.

Diante disso, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 27 de setembro de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Cícero Britto – Relator.

**DESPEJO. DENÚNCIA VAZIA. PROCEDÊNCIA NO JUÍZO DO 1º GRAU. APELO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. IMPROVIMENTO AO RECURSO.**

*Admissível ao locador-proprietário a retomada sem motivação do imóvel locado para fim não-residencial, cujo contrato passara a ser por prazo indeterminado. Necessidade da notificação premonitória através da qual tome o locatário conhecimento da vontade do locador de não mais pretender a continuidade da locação. Validade da notificação independentemente da juntada do contrato locatício, tanto que poderá ser efetivada por carta com AR. Possibilidade jurídica da pretensão explicitada no decisum recorrido: "O contrato de locação em causa concluiu-se entre as partes já na vigência da lei do inquilinato, aprazado, originariamente, por tempo certo de um ano e com cláusula expressa de renovação, condicionada, por igual prazo, a que transcedeu indeterminadamente". Locação ao desabrigo da lei de luvas, não havendo por que considerar o pretendido fundo de comércio. Benfeitorias indenizáveis porque realizadas sem prévia autorização do senhorio. Sua incorporação ao imóvel. Admissibilidade quanto à aplicação de juros aos gastos relativos às custas processuais e condenação regular da verba honorária sem qualquer infração a dispositivo legal. Sentença confirmada.*

Ap. Civ. 1.246/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos de apelação cfvel 1.246/88, de Salvador, tendo como apelante Mendo Mendonça Comércio e Indústria Ltda. e como apelada Marilda Rebouças Brandão.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, fazendo integrar ao presente o relatório de fls. 68 a 69, rejeitando as preliminares, no mérito, em negar provimento à apelação, e assim o decidem, tendo em vista que:

Pelo que se verifica nos autos, o doutor juiz *a quo*, acolhendo os fundamentos invocados no pedido vestibular, julgou a ação procedente para decretar a rescisão do contrato locatício, deferindo a autora a retomada do prédio, além de condenar a ré ao reembolso das custas processuais, corrigidas e acrescidas de juros legais, desde o recolhimento, e no pagamento da verba honorária ao advogado da autora, que arbitrou em três pisos salariais vigentes ao tempo do efetivo pagamento.

Determinou ainda a expedição de mandado de evacuando, com o prazo de 15 dias, para a desocupação espontânea, e, não ocorrendo essa, para o despejo compulsório.

Contra essa decisão, apelou a ré-locatária, que é firma comercial, pretendendo a sua reforma, argüindo, de início, várias preliminares que cumpre examinar separadamente para o entendimento quanto à procedência ou improcedência de cada uma delas.

A primeira dessas preliminares diz respeito à nulidade da sentença, que teria ocorrido porque o ilustre julgador fizera incidir juros legais sobre as custas a serem reembolsadas à parte autora, em flagrante violação ao ordenamento jurídico que, nos arts. 1.062 e outros atinentes à espécie, do Código Civil, elencam as hipóteses de cobrança de juros, não estando inclusas as despesas judi-

cias, e do art. 1º da Lei 6.899/81, que determina a incidência sobre aquela verba apenas da correção monetária.

Também a nulidade teria decorrido da fixação da verba honorária, ferindo a lei específica criadora do piso nacional de salários.

Nenhum dos dois motivos invocados enseja a nulidade da sentença, quando muito determinaria a sua emenda parcial. Aliás, a determinação da incidência de juros sobre custas processuais já satisfeitas pela parte não representa, de nenhuma forma, qualquer violação legal, até porque se tem admitido nas execuções de título judicial e extrajudicial, mesmo que sobre eles não haja qualquer referência, seja na pretensão inicial, seja na decisão, o que leva ao entendimento de que a providência não é fundamental, mas simplesmente acessória.

De ressaltar, a esse respeito, o quanto dispõe o art. 293 do Código de Processo Civil e a Súmula 254, admitindo a incidência de juros legais na liquidação, o que torna inteiramente desnecessário sejam referidos na sentença.

Desassiste também razão à apelante quanto à argüição relativa aos honorários fixados, tomando-se por base, na fixação, o piso nacional de salário, o que teria invalidado a sentença. Na verdade, conforme bem salientou a apelada, não há por que se entender também violação da lei nesse sentido, considerando-se que honorário advocatício tem natureza salarial, e ainda que não fosse assim, e, via de consequência, acolhida a alegação, não haveria por que declarar-se a pretendida nulidade, mas simplesmente modificar nessa parte.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

De referência à impossibilidade jurídica do pedido, impossibilidade da retomada e a nulidade da notificação, preliminares que foram levantadas na contestação, nenhuma delas fora aceita na sentença, tendo o seu ilustre prolator, depois de detida apreciação, repelido todas, adotando sólidos fundamentos através dos quais demonstra a improcedência da argüição.

Entende o apelante que o contrato de locação firmado entre as partes litigantes, declarando que é para fins comerciais (consoante o doc. de fl. 7), exclui da abrangência da Lei 6.649/79, isso porque o § 2º do art. 1º é taxativo, ao prescrever que "as locações para fins comerciais ou industriais continuam regidas pelo Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, daí por que juridicamente impossível a pretensão ajuizada.

O argumento se afigura como de total improcedência, pois ainda que haja referência no contrato que a locação é para fins comerciais, certo, porém, que ela não está no abrigo da Lei de Luvas, restrita aos contratos que contenham os requisitos previstos no seu art. 2º, dentre eles, o prazo mínimo de cinco anos. Por outra face, dito diploma legal regula as condições e processo de renovação.

No caso dos autos, não cuida a lide sobre renovação do contrato e nem este preenche os requisitos exigidos que o caracterizam como contrato comercial a ponto de colocá-lo sob a proteção do Decreto 24.150. Trata-se, na verdade, de locação não-residencial, porque de finalidade comercial, mas sob a égide da Lei 6.649/79 e assim sujeito às regras nela estabelecidas.

Quanto à impossibilidade da retomada, não há também como acolher-se.

No particular, de inteira procedência os fundamentos da sentença:

"O contrato de locação em causa concluiu-se entre as partes já na vigência da Lei do Inquilinato, aprazado originalmente por tempo certo de um ano e com cláusula expressa de renovação, condicionada, por igual prazo, a que transcedeu indeterminadamente".

Ora, a cláusula 1ª do contrato fixou o prazo inicial de um ano de duração, ou seja, até 04.05.85, estipulando no seu parágrafo único o seguinte adendo:

"Fica desde já contratado que se o locatário não se pronunciar sobre a prorrogação por escrito à locadora, com antecedência mínima de 30 dias, o presente contrato ficará renovado automaticamente por igual período, observado o disposto na cláusula 2".

Por demais clara a condição averbada de que, se a locatária contratante não se manifestasse por escrito, com antecedência mínima de um mês, do termo final, contrariamente à continuidade da locação após o prazo, o contrato restaria renovado, implicitamente, por igual prazo (um ano), com reajusteamento do aluguel.

Cumprindo-se a condição só atribuída à locatária, no seu silêncio, o contrato teve a prevista renovação, por igual tempo (um ano), findando em 4 de maio de 1986. Daí, a locação se prorrogou automaticamente, mas por tempo indeterminado.

Não há por que compreender-se de forma diferente, como quer o apelante, de que as renovações fossem contínuas, pois seria subordinar o contrato locatício ao exclusivo arbítrio de uma das partes, o que é desfeso, pois extinguiria o caráter da bilateralidade, tornando o contrato perpétuo, vedado pelo sistema jurídico atual, donde resulta o entendimento lógico de que, findo o prazo da prorrogação contratual (4 de maio de 1986), configurou-se a presunção legal da prorrogação da locação, porém sem prazo determinado, consoante o parágrafo único do art. 5º da Lei 6.649/79 e o art. 1.195 do Código Civil.

Por tudo isso e adotando, *in totum*, os fundamentos da sentença, nesse sentido, rejeita-se essa segunda preliminar da impossibilidade da retomada.

De igual sorte, resulta a terceira preliminar – a nulidade da notificação prévia, com o argumento de que fora instruída com uma cópia xerox do contrato locatício firmado entre as partes, sem autenticação.

De salientar que a notificação premonitória, que antecede a ação de despejo, não exige para sua validade a juntada da prova da locação, tanto que ela pode até se efetivar extrajudicialmente, isto é, através de carta. O que a lei exige é que se faça manifestar a vontade do locador e dela tenha conhecimento o locatário, não importando a forma para que produza os seus efeitos, daí por que desnecessário seja instruída com o con-

trato original firmado entre as partes, até porque pode a locação ter sido verbal.

Rejeita-se, também, tal preliminar.

No que se refere ao mérito, também nenhuma razão assiste à apelante quanto aos argumentos invocados.

Relativamente ao fato de que a apelante presta valorosos serviços à comunidade, oferecendo seus produtos às populações circunvizinhas ao seu estabelecimento, enfrentando o monopólio no ramo, a ponto de valorizar a zona comercial, tem-se que não é motivo para impedir a retomada do imóvel, sobretudo porque não se inclui entre as hipóteses previstas na lei que restringem a ação do locador em casos que tais, como o funcionamento de hospitais, casas de saúde e estabelecimentos de ensino.

Trata-se de despejo com fundamento na denúncia vazia. Não desejando mais a continuidade da locação e por ser a mesma por prazo indeterminado, e de natureza não-residencial, quer o locador a devolução do prédio locado. Não importa a motivação, o que interessa, no caso, é não pretender o locador que o prédio continue alugado, daí por que a denominação – retomada vazia, ou retomada imotivada – perfeitamente admissível no nosso direito, não havendo por que considerar as alegações do locatário, no que dizem respeito a aluguel defasado, muito menos sobre sinceridade e necessidade do pedido.

Por outro lado, ao desabroho como está a locação em causa da Lei de Luvas, não há que se falar em fundo de comércio, e, quanto ao direito que se pleiteia à indenização pelas benfeitorias ou o resarcimento dos gastos efetuados no imóvel, de salientar que, consoante a cláusula do contrato locatício, vedado ficara ao locatário introduzir benfeitorias sem prévia autorização do senhorio, e aquelas porventura feitas seriam incorporadas ao imóvel, “não gerando direito a compensação, retenção ou indenização de qualquer espécie”.

Assim, afastadas as pretensões indenizatórias e compensatórias da apelante pela adaptação do prédio à sua fi-

nalidade comercial, pelos invocados fundo de comércio e ponto comercial, bem assim pelas despesas de mudança porque sem aplicação, *in casu*, do Decreto 24.150, incensurável se mostra a sentença recorrida, que deve ser confirmada em todos os seus termos e conclusões, com o improviso do apelo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, em 26 de junho de 1989. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

**DESPEJO. LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL. RETOMADA. CONTRATO LOCATÍCIO. EMENDAS. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. AGRAVO RETIDO E APelação. IMPROVIMENTO.**

*Desde que, apresentado no original e em xerox contrato de igual finalidade em substituição ao emendado, evidenciando o prazo de três anos de sua vigência, certo que inútil ou meramente protelatória se figura a pretensão em proceder-se à perícia, *in casu*, visível e indiscutível, em nada interessando, pela sua irrelevância, definir-se quem lhe deu causa, tudo isso em face da substituição do pacto, circunstância que infirma a vigência do contrato emendado. Por outro lado, definido o regime de locação para fins não-residenciais, sobre a mesma incide a possibilidade da retomada imotivada diante das regras dos arts. 1.194 do Código Civil e 5º da Lei 6.649/79. Denúncia da locação feita tempestivamente, impedindo sua prorrogação por tempo indeterminado, e impossibilidade do resarcimento de despesas realizadas no imóvel, mas não autorizadas. Sentença confirmada.*

Ap. Cív. 1.156/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 1.156/88, de Salvador, em que é apelante José Anselmo de Souza e apelado Ulemar José Bacelar.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, fazendo incorporar ao presente o relatório de fls. 45/46, complementado pelo de fl. 72, em negar provimento ao agravo retido e à apelação, mantendo, por conseguinte, a sentença impugnada, assim decidindo porque:

### I – Do agravo retido

Inconformado com o anúncio do julgamento antecipado da lide, por ser desnecessária a produção de provas em audiência, interpôs o apelante o agravo de fls. 43/44, a ser apreciado como preliminar de julgamento da apelação, caso viesse, como ocorreu, a manifestá-lo nas razões recursais, fundamentando-o na absoluta indispensabilidade da realização de exame pericial, a seu ver, imprescindível ao deslinde da causa, porquanto definiria a rasura existente no contrato locatício, exatamente ao fixar o prazo de sua vigência. Entendeu, no entanto, o doutor juiz de 1º grau ser a matéria irrelevante, optando pelo reconhecimento de que:

...“o contrato vindo com a peça vestibular é o que está vigorando”.

E, no particular, como ademais em toda a extensão do julgado, agiu com feliz acerto, outra não podendo ser a sua decisão.

Embora seja inquestionável a emenda no texto do pacto que se juntou às fls. 19/20 (em xerox), 25/26 (em outra cópia da mesma espécie) e na cópia original de fls. 35/36, não menos inquestionável é de ser o instrumento de fls. 05/6 (em xerox) e 37/38 (no original) de igual teor e firmado pelos contratantes, em substituição aos emendados; e neste o contrato advindo aos autos com a vestibular, e no original, juntado pelo autor-apelante-agravante,

atendendo o despacho de fl. 33, o prazo de vigência da locação não sofreu emenda ou rasura, assinalado em três anos.

Ora, ao juiz se impõem ônus e deveres na presidência do processo e, dentre estes, reside o de “velar pela rápida solução do litígio”, consagrado no inc. II do art. 125 do Código de Ritos, cuja inobservância, por vezes, faz surgir a tão reclamada morosidade da Justiça. E, dentro ainda desse mesmo espírito, incumbe ao juiz

“determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”,

como se patenteia a argüida realização de exame pericial, tanto porque em nada interessa a emenda – visível e indiscutível – como também pela irrelevância de definir-se quem lhe deu causa, diante mesmo da substituição do pacto, circunstância que infirma a vigência do contrato emendado.

Com efeito, e diante disto, a realização da perícia se constituiria em diligência estigmatizada pela inutilidade e pelo caráter de protelação que se pretende emprestar ao processo. Assim, corretamente, portou-se o ilustre juiz *a quo*, eliminando do procedimento os atos de que independia a formação de seu livre conhecimento.

Nestas condições, nega-se provimento ao agravo retido.

### II – Da apelação

Quanto ao mérito propriamente dito do recurso, demonstra-se, por igual, irretocável a decisão atacada. Trata-se, na verdade, de locação estabelecida para fins não-residenciais, não se amparando, pois, como insinuou o apelante, nas disposições do Dec.-lei 24.150, de 20.04.34, ora porque a locação se pactuou por prazo inferior ao previsto neste diploma legal – três e não cinco anos –, ora porque não se encontram no instrumento que a rege os demais elementos próprios das locações para fins comerciais.

Definido o regime de locação para fins não-residenciais, sobre a mesma in-

cide a possibilidade da retomada imotivada, diante das regras dos arts. 1.194 do Código Civil, e 5º da Lei 6.649/79, consagradores da denúncia vazia.

O apelado, por seu turno, deixou escoar o prazo de vigência da locação e, antes de completar-se o primeiro mês após o seu término, denunciou a locação, impedindo, assim, na forma do parágrafo único do art. 5º da referida lei, a sua prorrogação por tempo indeterminado.

Pouco importa, por outro lado, tinha o apelante adquirido, como asseverou, mas sem trazer qualquer prova a respeito, o ponto comercial, adaptando-o, depois, a seu ramo mercantil, desde que a locação, como já dito, se firmara para fins não-residenciais, não autorizando o resarcimento de qualquer das despesas que se alegam realizadas.

Ante o exposto, nega-se também provimento à apelação, confirmando-se integralmente a sentença recorrida.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 11 de outubro de 1989. Dermeval Belilucci - Presidente e Relator.

#### **DESPEJO. USO PRÓPRIO. JULGAMENTO ANTECIPADO. SINCERIDADE. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E IM- PROVIMENTO DO RECURSO.**

*Não tendo sido a apelante intimada da decisão do juiz a quo em julgar antecipadamente a lide, nenhum prejuízo lhe foi acarretado, porque poderia a mesma elaborar a sua irresignação na 2ª instância. Não cabe ao autor provar a sinceridade do seu pedido, que já é presumida em lei.*

Ap. Cív. 1.242/89. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação cível 1.242/89, de Salvador, sendo apelante Berenice Wilma de Macedo Dias e apelado Eudalvo Plácido Pinheiro.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assim decidiram, incorporado a este o relatório de fls., pelos motivos seguintes.

Insurge-se a apelante contra a sentença de 1º grau, que julgou procedente pedido de despejo para uso próprio, suscitando sua nulidade sob dois fundamentos:

I - de início, irresigna-se a apelante por não ter sido intimada das decisões de fl. 37, em que o juiz determina a conclusão dos autos para o saneador e de fl. 40, "venha nos autos", "para que adotasse as providências legais pertinentes".

Observa-se, entretanto, que, tratando-se de despacho de mero expediente, desnecessária seria a intimação da apelante, eis que, mesmo que intimada, não haveria "providências legais pertinentes" a adotar, porque se tratava de decisões irrecorríveis.

Rejeitou-se a preliminar.

II - Por sua vez, mesmo se não foi a apelante intimada sobre a decisão do juiz a quo em julgar antecipadamente a lide, temos que nenhum prejuízo lhe foi acarretado, mesmo porque poderia, como o fez, elaborar a sua irresignação na 2ª instância.

Alega, ainda, que o julgamento antecipado da lide cerceou o seu direito de defesa constitucionalmente assegurado.

Todavia, tal argumento não se presta a operar em favor da apelante, certo que a presunção de sinceridade que milita em favor do locador não se decaiu diante do famigerado e cansativo argumento de intenção do locador em realugar o imóvel por um aluguel maior.

Dessa forma, verifica-se que não trouxe a apelante, para os autos, qual-

## ACÓRDÃO

quer prova convincente e conclusiva que fizesse elidir a presunção de sinceridade do locador e a enseja a instrução do processo.

Daí por que rejeitou-se também esta preliminar.

No mérito, esqueceu-se a apelante que não caberia ao autor provar a sinceridade do seu pedido, que, aliás, já é presumida em lei.

Caberia, sim, à apelante trazer provas que elidissem tal presunção, o que, infelizmente, não ocorreu, restringindo-se a esposar argumentos já ultrapassados juridicamente.

Se não bastasse, como bem demonstrado nos argestos transcritos na sentença recorrida, o fato de residir o autor em outra cidade não constitui óbice ao pedido de despejo para uso próprio, tampouco necessita ele provar a sua necessidade, que, no caso, também se presume.

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares argüidas, negou-se provimento ao recurso, mantendo-se, dessarte, a sentença de 1º grau.

Salvador, 20 de dezembro de 1989.  
Dermeval Bellucci - Presidente. Manuel Pereira - Relator.

**DOAÇÃO INTER VIVOS. PEDIDO DE EXTINÇÃO DE GRAVAME. MORTE DOS DOADORES. NAO-ACOLHIMENTO NO JUIZO DE 1º GRAU. APELO. PROVIMENTO.**

*Se com a doação foram instituídas as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, conjugadas com a reserva do usufruto e livre administração dos bens em favor dos doadores, certo que, com o falecimento destes, perdem ditas cláusulas o seu sentido, podendo ser canceladas a requerimento do interessado. Sentença confirmada.*

Ap. Cív. 994/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 994/88, de Salvador, tendo como apelantes Maria de Fátima Duarte Garrido e Paulo Burgos Duarte.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, fazendo integrar ao presente o relatório de fls. 31v/32, em dar provimento à apelação, e assim o decidem, tendo em vista que:

Os apelantes, inconformados com a sentença da doutora juíza titular da Sexta Vara de Família, desta Capital, que indeferiu o pedido de extinção de gravame referentemente aos bens imóveis que lhes foram doados por seus genitores, dela recorreram, pleiteando a sua reforma.

Nesta segunda instância, manifestou-se a doura Procuradoria de Justiça, opinando pelo provimento do apelo para deferir-se aos recorrentes a pretensão que lhes fora negada.

Ora, verifica-se dos autos que, através de escritura pública de doação devidamente registrada, receberam os apelantes dos seus pais, ora falecidos, três apartamentos, gravados com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, bem como com reserva de usufruto e livre administração em favor dos outorgantes-doadores. Falecidos estes, pretendiam os respectivos donatários a exclusão dessas cláusulas, com o argumento principal de que, por estarem vinculadas ao usufruto e livre administração dos bens em favor dos doadores, se extinguiram com a morte dos mesmos. Acrescentam, ainda, que pedido semelhante relativo a outros bens fora de pronto atendido por outro magistrado, ex-titular da 6ª Vara de Família, e esclarecem quanto aos prejuízos advindos dessa situação, no que dizem respeito às locações dos imóveis, e do fato de um dos apelantes residir em outro

estado.

Ao pedido, foram anexados documentos comprobatórios de tudo quanto fora alegado.

A doutora juíza muito embora manifestasse de acordo, o doutor curador de família desacolheu a pretensão, invocando, para tanto, o disposto nos arts. 1.676 e 1.677 do Código Civil, ensejando a interposição do recurso.

Não há negar que assiste razão aos apelantes.

Não se trata, como foi dito à fl. 24, de gravame incidente sobre legítima, e sim de gravame incidente sobre doação *inter vivos*, vinculada com a instituição de usufruto em favor dos doadores. Na verdade, as cláusulas instituídas, conforme se percebe da escritura pública de doação, se conjugam com a reserva do usufruto e livre administração estabelecida em favor dos doadores, estando previsto que se transmitiam, com o falecimento de um, ao doador sobrevivente, daí por que o entendimento lógico de que, com a morte de ambos, prejudicadas ficaram as cláusulas, já que extintos o usufruto e a livre administração em favor dos mesmos.

De salientar, a observação do procurador de Justiça, de que, falecidos os doadores, as cláusulas restritivas perderam o sentido, e, acaso não fosse assim, seria penalizar os donatários, até porque desejassem os doadores estender a doação aos netos fariam constar mais essa cláusula no respectivo contrato.

Ressalte-se, outrossim, o acórdão trazido à colação no parecer de sua excelência, que reforça o quanto fora sustentado no que diz respeito à procedência da postulação:

"Podem ser canceladas as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade impostas por doadores que se reservarem o usufruto do bem doado, se a intenção dos doadores era de instituir o vínculo pelo tempo em que vivessem" (*In Jurisprudência Brasileira*, 53/264).

O julgado se aplica como uma luva à hipótese dos autos.

Com esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso para reformar a sentença de 1º grau, deferindo-se, em consequência, o pedido contido na petição inicial e confirmado nas razões do apelo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 6 de setembro de 1989. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

#### **EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ERRO MATERIAL. RECONHECIMENTO. NULIDADE.**

*Comprovada a existência de flagrante erro material, deve o mesmo ser declarado ainda mesmo que o reconhecimento importe em nulidade do julgamento.*

Ap. Cív. 1.218/88. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.218/88, de Salvador, sendo apelante Vera Lúcia Santarém Teles e apelado José Valdmoiro de Santana, nos quais foram opostos embargos de declaração ao acórdão conferido e publicado.

Acordam os desembargadores integrantes da nova Turma Julgadora, em face do impedimento reconhecido do terceiro julgador, em acolher os embargos opostos e declarar a nulidade do julgamento realizado.

Decidiram assim, porque ficou comprovado que promoveu a defesa dos direitos e interesses da ré, Vera Lúcia Santarém Teles (ver fls. 24 e seguintes), o advogado Almir Silva Britto, filho do desembargador Cícero Dantas Britto, que participou do julgamento que foi realizado como terceiro julgador.

Porque passou a funcionar no feito em defesa dos interesses da ré, o advogado Eduardo Coutinho, também integrante da procuraçao de fl. 27, passou despercebido à Turma Julgadora, *in ca-*

*su*, que o desembargador Cícero Britto era o genitor do advogado Almir Silva Britto.

Alertada, através do presente recurso de embargos de declaração, da existência de incontestável erro material, a nova Turma Julgadora, à unanimidade de votos, acolheu o recurso em foco, declarou a efetiva existência do erro material e a nulidade do julgamento realizado, para que outro, em termos, seja determinado.

Salvador, 6 de dezembro de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

#### **EMBARGOS DE TERCEIROS. CONEXÃO.**

*Reunião para decisão simultânea, como aconteceu. Oposição visando exclusão de bens imóveis de declaração feita em inventário que terminou sendo julgado antes de os serem os embargos. Embargos prejudicados. Inteligência do art. 1.048 do Código de Processo Civil. Uma das glebas a ser excluída refere-se à posse derivada de simples recibo. Título não revestido de formalidade legal, e, em consequência, insuscetível de registro no Registro Imobiliário. Exegese dos arts. 134, II, 82, 530, I e 135 do Código Civil c.c. arts. 167, I, 9 e 172 da Lei 6.015/73. Inaptidão para transferência de domínio. Oposição impossível via embargos de terceiros. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença reformada parcialmente. Recurso provido, em parte.*

Ap. Cív. 369/87. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 369/87, de Livramento de Nossa Senhora, em que fi-

guram como apelante José Ferreira Pessoa e apelada Alaíde Teixeira Pessoa.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, em parte, atendendo a que:

Os presentes embargos visavam, no tempo de seu ajuizamento em 21.03.78, excluir duas posses de terras da declaração de bens feita nos autos do processo 52/72 do inventário de Gil Ferreira Pessoa e que teriam sido adquiridas dele e da mulher, Alaíde Ferreira Pessoa, pelo embargante João José Rodrigues, através do documento de fl. 5.

No entanto, os autos do referido inventário, que deveriam ter ficado sobrestados, consoante despacho de fl. 14 dos autos do processo 79/72 (em apenso), segundo consta, foram julgados em 31.12.81 pelo juiz de direito da comarca de Rio de Contas, substituto legal daquele de Livramento de Nossa Senhora, antes de os serem esses os embargos (proc. 25/78) e os outros dois (procs. 79/72 e 46/75, em apenso), opostos também para exclusão de partes de bens imóveis da declaração feita nos autos do multicitado inventário.

Ora, é da essência dos embargos a defesa dos bens ainda não sujeitos aos efeitos da coisa (CPC, art. 1.048). E isso aqui já ocorreu, em relação aos três processos de embargos, razão pela qual os mesmos estão irremediavelmente prejudicados. Correta foi, pois, a decisão do juiz *a quo* no particular, assim julgando todos os embargos interpostos. Mas não é só.

Nestes autos, somente nestes, o embargante João José Rodrigues pretende ver excluídos da declaração de bens os imóveis que mencionou às fls., sob a alegação de que os mesmos foram "... transferidos por força de escritura de promessa de compra e venda, ainda que particular..." (fl. 2).

*Data venia*, o embargante, quando muito, é titular de um direito pessoal. Mero possuidor. E, como tal, não pode

defender sua posse no tocante a direito real que não detém. Com efeito.

“A posse de que trata o remédio embargável, oriundo do art. 1.046 do Código de Processo Civil... (...) ... é a que decorre de origem legítima, presa ao direito de propriedade, seu pressuposto...” (cf. Othelo Dilon Castilhos, *in RT* 567/260).

Hoje, é pacífico o entendimento no Supremo Tribunal Federal no sentido de que são improcedentes embargos de terceiros mesmo fundados na posse (rec. extraord. 87.958-7-RJ *in RTJ* 89/285; rec. extraord. 89.696, rel.-min. Moreira Alves *in RTJ* 95/282; rec. extraord. 91.814-1-RN, rel.-min. Moreira Alves, *DJU* 15.02.80, p. 706; rec. extraord. 92.743-3-SP, rel.-min. Moreira Alves, *DJU* 29.09.80, p. 7.428; rec. extraord. 93-742-1-RS, rel.-min. Cordeiro Guerra; rec. extraord. 95.422-8-PR, rel.-min. Rafael Mayer, *DJU* 19.02.82, p. 1.135; rec. extraord. 106.116-2-SP, *DJU* 30.08.85, rel.-min. Octávio Gallotti; rec. extraord. 106.640-7-RJ, rel.-min. Aldir Passarinho, *DJU* 11.03.86. Embora esses acórdãos se refiram a embargos que objetivam desconstituir penhora, os mesmos têm aplicação ao caso dos autos, uma vez que o princípio dominante é o que só o registro imobiliário dá a indispensável publicidade e atribui eficácia *erga omnes*, tornando a alienação oponível contra terceiros. Tal orientação se acha sumulada sob n. 621, *verbis*.

“Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis”.

Vem a talho lição emanada do 1º Tribunal de Algada Civil de São Paulo, em acórdão de que foi relator o juiz Álvaro Galhanone, no qual ficou assentado que:

“É bem verdade que a lei processual, em seu art. 1.046, § 1º, possibilita o ajuizamento de embargos de terceiro ao simples possuidor, mandamento este, todavia, não invalida a exegese já referida, como bem anota Theotonio Negrão, em seu *Código de Processo Civil Anota-*

*do* (11. ed., p.286). Mas a verdade é que, para que admissível seja a defesa de simples posse através de embargos de terceiro, indispensável é que esta constitua, por si só, o bem jurídico a ser protegido... sustenta a inicial, desenganaadamente, que o imóvel em disputa não pode ser penhorado, porque alienado para o embargante. Destarte, reclama este o reconhecimento judicial da validade do ajuste firmado, bem como o reconhecimento de que sua posse resulta de um justo título. Ora, se o documento em si não se mostra revestido de valor contra terceiros por não ser a estes oponível, também inquestionavelmente que a posse que dele decorre, quanto mereça ser validade, como fato que inquestionavelmente é, também não pode produzir, contra os mesmos terceiros, os mesmos efeitos que aquele documento, à vista do defeito que ostenta, não pode gerar...” (ap. cív. 305.233 – Capital; j.08.06.83, *in RT* 576/120).

Realmente, sendo, como é, o documento de fl. 5 simples recibo particular, a prender somente as partes celebrantes no qual se noticia a entrega de Cr\$3.000,00 dados por conta de Cr\$4.000,00 (padrão monetário vigente à época, em 18.05.70), preço por quanto foi feita a operação, não tem o mesmo força para transferir o domínio das glebas de terras disputadas. Com efeito.

O valor da operação supera a cifra a que alude o inc. II do art. 134 do Código Civil, circunstância que infringe o disposto no art. 82 do mesmo diploma legal quanto à forma que deveria ter sido obedecida. Por outro lado, é sabido que só se adquire a propriedade imóvel através de registro do respectivo título aquisitivo no Registro de Imóveis competente (CC, art. 530, I, e 135 c.c. arts. 167, I, 9 e 172 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos). Realmente, lê-se no art. 859 do Código Civil que se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome o mesmo se acha inscrito ou transscrito. Por sua vez, diz o parágrafo único do art. 860 do mesmo diploma que, en-

quanto não se transcrever o título de transmissão, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel, e responde pelos seus encargos.

Portanto, relativamente a este processo, verifica-se que o embargante João José Rodrigues é carecedor de ação, por impossibilidade jurídica do pedido.

Em face de todo o exposto e por tudo o que mais dos autos consta, dá-se provimento, em parte, ao recurso, para, não apenas julgar prejudicados os embargos opostos (processos 79/72 e 46/75, em apenso), mas também (julgar) extinto, sem julgamento de mérito, o processo 25/78, por carência de ação.

Salvador, 9 de setembro de 1987.  
Manuel Pereira - Presidente. Luiz Pederreira - Relator.

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.  
DESAPROPRIAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE A OFERTA E A INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. PROVIMENTO PARCIAL.**

*A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente.*

Ap. Cív. 376/89. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 376/89, de Salvador, sendo apelante Espólio de Maximiano José da Encarnação e apelada a Prefeitura Municipal do Salvador.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso.

Assim decidiram, incorporado a este o relatório de fls., pelos motivos se-

guintes.

Insurge-se o apelante contra a sentença de 1º grau que, julgando procedente pedido de expropriação, condenou a Prefeitura Municipal do Salvador ao pagamento da quantia correspondente a 50% (cinquenta por cento) do encontrado pelo doutor perito do juízo, de fls. 39 a 43.

Argúi, em suma, o apelante que a decisão causará grave desequilíbrio ao patrimônio dos herdeiros do espólio, desde quando o valor arbitrado está em total desacordo com a realidade imobiliária, deixando, ainda, a sentença de incluir a área remanescente, que ficará desvalorizada.

Em que pese a irresignação do apelante, não merecem acolhida as suas alegações.

Com efeito, pelo que se infere dos autos, a área expropriada encontra-se já ocupada por "invasão", o que reduz sobremodo o valor do imóvel, inclusive para efeitos de alienação.

Observe-se que o perito do juízo, ao fixar o preço do imóvel (fl. 41, 5º quesito), considerou como parâmetro "os preços unitários dos terrenos nas vizinhanças negociadas, os preços constantes do Estado para a cobrança do imposto de transmissão, os preços constantes nas imobiliárias", o que significa que fixou o preço sem levar em consideração o fato de a área desapropriada encontrar-se totalmente ocupada por invasão.

Por outra face, não poderia ser incluída a área remanescente, não só porque não foi ela desvalorizada com a desapropriação, bem como pelo fato de que, tendo o apelante ingressado com ação de usucapião, apenas tem ele uma expectativa de direito sobre a área, não sendo, dessa forma, proprietário.

Diante de tais razões, desmerece correção a sentença de 1º grau, nesse aspecto.

O outro inconformismo do apelante reside na fixação da verba honorária em 5% do valor total, sob a alegação de que teria atuado administrativamente.

Quanto a este ponto, entendeu-se merecer reforma a sentença recorrida, não para atender aos reclamos do apelante, mas sim para estar em consonância com a jurisprudência a respeito.

Diz a Súmula 613:

"A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente".

Dessa forma, ao fixar o juiz de 1º grau a verba honorária em 5% sobre o valor total, deixou de observar a Súmula 613, razão por que devem os honorários, no caso *sub judice*, ser arbitrados em 5% da diferença entre a oferta e a indenização efetivamente paga.

Ante o exposto, deu-se provimento parcial ao recurso, somente no que concerne à verba honorária.

Salvador, 18 de outubro de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

#### **INVENTÁRIO. REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. INCIDENTE PROCESSUAL. CABIMENTO DE AGRAVO.**

*É razoável o entendimento de que a remoção de inventariante constitui incidente do processo de inventário e, por conseguinte, decisão interlocutória suscetível de agravo de instrumento.*

Ap. Cív. 418/89. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 418/89, da comarca de Amargosa, sendo apelantes Nerval Lomanto Vaz Sampaio, Heitor Lomanto Vaz Sampaio e Hermes Lomanto Vaz Sampaio.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Decidiram assim, incorporado a este o relatório de fls., pelos motivos seguintes.

Antes de mais nada, entendeu-se que não pode esta alta Corte de Justiça ficar silente diante das aleivosias e das hostilidades encontradas no recurso ora sob julgamento.

Não é crível, tampouco admissível, que nos dias de hoje ainda se encontrem bacharéis em Direito que não tenham consciência da relevante missão que abraçaram, desrespeitando, com palavras e atitudes, não somente os próprios colegas, mas, também, a própria Justiça.

Realmente, é uma lástima que ainda se encontrem profissionais que deixem cair por terra todo o respeito e dignidade que deveriam merecer, pois ainda não entenderam que não se clama justiça através de insultos, injúrias e xingarias, mesmo porque aquele que tem o direito não precisa recorrer a tais aleivosias.

Aliás, como bem acentuou o doutor procurador de Justiça, seria aconselhável que os pronunciamentos do advogado dos recorrentes fossem remetidos ao seu órgão de classe, não só para a devida apreciação em termos de ética profissional, como, também, para a sugestão de uma reciclagem do vernáculo pelo ilustre advogado.

Todavia, ao preocupar-se o "eminente" causídico em tecer insultos à ex-celentíssima julgadora e à representante do Ministério Público, esqueceu-se, porém, de que o recurso cabível contra a decisão que resolve sobre a remoção do inventariante é o agravo de instrumento. Isto porque, constituindo um acidente do processo de inventário, embora processado em apartado, trata-se de decisão interlocutória, suscetível de agravo de instrumento.

Aliás, nesse sentido é o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

"Inventário – Remoção de inventariante. Recurso cabível. Agravo de instrumento. É razoável o entendimento de que a remoção de inventariante constitui incidente do processo de in-

ventário e, de conseguinte, decisão interlocutória suscetível de agravo de instrumento" (*RTJ* 94/738).

Consoante esse entendimento, a doutrina ponderável, também adotado o ponto de vista de que o ato judicial de remoção do inventariante constitui incidente do processo e, por conseguinte, decisão interlocutória suscetível de agravo de instrumento. Assim é o pensamento de Pontes de Miranda (*Comentários XIV/100*), Hamilton Moraes e Barros (*Comentários IX/196*), Sérgio Fadel (*Comentários VI/149*) e Alexandre de Paula (*CPC Anotado*, IV, 243).

Por sua vez, nem mesmo o princípio da fungibilidade dos recursos serve para operar em favor dos recorrentes, certo que, intimados em 20.07.88, entregaram o apelo no dia 12.08.88, portanto, mesmo descontada a interrupção das férias forenses, ocorreu o excesso prazal para a interposição do agravo de instrumento.

Não há como ser conhecido o recurso.

Salvador, 18 de outubro de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

Mand. de Seg. 120/89. Relator:  
Des. DERMEVAL BELLUCCI.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 120/89, de Gandu, tendo como impetrante Banco do Brasil S/A e como imparado doutor juiz de direito da Vara Cível da comarca.

Acordam, unanimemente, os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em conceder a segurança e assim decidem, tendo em vista que:

A impetração é contra ato do doutor juiz de direito da Vara Cível da comarca de Gandu, que deferiu liminar, *inaudita altera pars*, em medida cautelar inominada, a que responde o imparante, a requerimento de Ataíde José dos Santos, consistente na adoção de provisões, dentre as quais a proibição de protesto de títulos de crédito e de impedir-se a utilização de qualquer medida judicial em relação a débitos do beneficiário da providência cautelatória.

Ora, consoante se lê do documento de fl. 12, o despacho que deferiu a liminar sem audiência da parte contrária, na medida cautelar inominada, ajuizada contra o imparante, acha-se completamente desfundamentado, pois se limita ao seguinte:

"A. R. Defiro as alíneas de(a) a (c).  
Gandu, 29.12.88. Fernando de Souza Castro".

Não há negar que a autoridade indigitada coatora, prolatando tal despacho, violou a norma contida no art. 165 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância ao disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas ainda que de modo conciso".

Tem entendido a jurisprudência de que a ausência de fundamentação torna nula a decisão, porquanto

"inatingida a finalidade que é a de permitir a adequada impugnação através do recurso".

Assim, nula a decisão através da qual deferiu-se a não-adoção das provisões por parte do impetrante (Banco do Brasil S/A) contra o autor da medida cautelatória, não haverá a mesma de prevalecer, porque sem nenhuma eficácia. O que é nulo não produz efeitos.

De salientar, por outro lado, se não ocorresse a nulidade do despacho por falta de fundamentação, haveria também de ser considerado de que não podia o dousor juiz impetrado obstar ou impedir o impetrante do direito de ação, vedando-lhe o acesso ao poder judiciário, representando a proibição como desrespeito à Constituição Federal, que assegura a todos promover o processo judicial para a garantia de seus direitos.

Nessas condições, quer pelo primeiro fundamento, quer pelo segundo, afigura-se o ato hostilizado como resultante do arbítrio e abuso de poder e, nulo, como se demonstrou, a violar direito líquido e certo do impetrante, haverá de ser cassado com o deferimento da segurança.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 13 de dezembro de 1989. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

**MANDADO DE SEGURANÇA.  
LICENCIAMENTO DE MILITAR, COM O PRETEXTO DE  
PARTICIPAÇÃO EM GREVE.  
INOCORRÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.**

*Não tendo ocorrido a instauração, na Corporação Militar, de procedimento administrativo (inquérito, sindicância), em que se facultaria, ao licenciando, o exercício de ampla defesa, no resguardo de seus interesses, resta, evidente, que o di-*

*reito de defesa, assegurado na Constituição e em leis ordinárias, sofreu, sim, ilegal cerceamento. Confirmação da sentença do primeiro grau.*

Mand. de Seg. 14089196024-1.  
Relator: Juiz GENUÍNO PEREIRA DE CASTRO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 14089196024-1, do MM. Juízo da Sétima Vara da Fazenda Pública, em que proferida sentença, não hostilizada por recurso voluntário, submetida a duplo grau de jurisdição, em que é promovente a Exma. Sra. Juíza Titular da referida vara, e, promovido, o senhor Antônio Carlos da Costa Júnior.

Acordam, em Turma, os desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em confirmar, por seus próprios fundamentos, a sentença do primeiro grau, pelas razões, a seguir, enunciadas.

Antônio Carlos da Costa Júnior, brasileiro, casado, 3º-sargento, RG 41.951-6, cadastro 27.273, policial militar, fazendo-se arrimar na Constituição da República, em seu art. 5º, LXIX, e na Lei 1.533/51, impetrou, perante o MM. Juízo da Sétima Vara da Fazenda Pública, mandado de segurança contra ato do Ilmo. Sr. Comandante da Polícia Militar do Estado da Bahia, que o licenciou dos quadros daquela corporação em 6 de fevereiro de 1989, sob a alegação de que o impetrante houvera faltado ao serviço no período das festas carnavalescas, sem justificativa.

O ato do referido licenciamento deu-se sob a titularidade de "licenciamento ex officio, a bem da disciplina".

Alegou o impetrante que a autoridade impetrada, de forma indistinta e geral, puniu a quantos militares, naquele período, faltaram ao serviço, sem atender a qualquer espécie de justificativa. A uns, puniu com simples prisão. A outros,

com a pena máxima, *in casu*, o licenciamento, *ex officio*, a bem da disciplina.

O impetrante tentou, insistente-mente, justificar sua falta, que se deu por motivo de enfermidade em sua pró-pria pessoa e, para a justificativa, pe-rante o comando de sua corporação, ofereceu atestados médicos comproba-tórios de sua impossibilidade de com-parecimento ao serviço, naquele perío-do, baldados os seus esforços de justifi-car-se.

Três foram os atestados médicos que o impetrante exibiu à autoridade impetrada (fls. 14, 15 e 16). Em vão. A penalidade do licenciamento lhe foi im-posta, mesmo assim, sem que houvesse sido instaurado qualquer tipo de proce-dimento à apuração da presumida falta.

A digna Dra. Juíza da Sétima Vara da Fazenda Pública, ao exame da inicial e dos documentos, de fls. 12 a 22, cons-titutivos da prova, não deferiu, entanto, ao impetrante a pretendida liminar (fls. 26 e verso), mas, à falta das informações da digna autoridade impetrada e à luz do referido parecer do nobre órgão do Mi-nistério Público (fl. 31), proferiu a refe-rida sentença, de fls. 33/36, devida-mente publicada e ora submetida ao exame desta superior instância, *ex vi* do art. 475, II, do Código de Processo Ci-vil. Não houve recurso voluntário.

Tudo visto e examinado.

Bem se houve a Dra. Juíza da Sé-tima Vara da Fazenda Pública, promo-vente. Sua sentença merece, sim, con-firmada. Com efeito, o licenciamento, *ex officio*, do promovido, 3º-sargento da Polícia Militar, Antônio Carlos da Costa Júnior, constituiu, em verdade, ato ilegal da digna autoridade impetrada, o Sr. Comandante da Polícia Militar. O refe-rido licenciamento, qualquer que hou-vesse sido o motivo de sua edição, só poderia dar-se à luz da Constituição Fe-deral, após a instauração de procedi-mento administrativo, inquérito, sindi-cância, em que se garantisse, ao impe-trante, amplo campo de oferecimento de defesa. Evidente, assim, que o ato do Ilmo. Sr. Comandante da Polícia Militar

do Estado da Bahia feriu direito líquido e certo do impetrante, tal o de defender-se, amplamente, sem qualquer cercea-mento.

Confirma-se, por isso, a sentença, por seus próprios fundamentos.

Salvador, 13 de junho de 1990.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Genuí-no Pereira de Castro – Relator.

#### PETIÇÃO INICIAL. DEFEITOS E IRREGULARIDADES SANÁ-VEIS. EMENDA.

*Se a petição inicial contém vícios sanáveis, capazes de embaraçar o exame do mérito, deve o juiz, ao invés de indeferir-la, ensejar oportunidade para a parte emendá-la ou complementá-la.*

Ap. Cív. 757/88. Relator: Des. CÍ-CERO BRITTO.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 757/88, de Sal-vador, em que é apelante Rosa Ferreira Santos e apelado Raimundo Cláudio da Cruz.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em dar pro-vimento à apelação.

Rosa Ferreira Santos aforou, na 6ª Vara Cível e Comercial desta Capital, uma ação de despejo, visando retomar, por falta de pagamento dos aluguéis, o imóvel que dera em locação a Rai-mundo Cláudio da Cruz, sito nesta cida-de, na rua Heitor Dias, 174, 1º andar, Boca do Rio.

Citado, o locatário não purgou a mora nem ofereceu, no prazo, contesta-ção.

Ocorrida a revelia, o ilustre juiz a quo antecipou o julgamento da lide, proferindo sentença extinta do processo, sob o julgamento de que a petição ini-

cial, omitindo a identificação do imóvel e os fundamentos jurídicos do pedido, não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil.

Inconformada, a ação interpôs o recurso de apelação, realçando, nas suas razões recursais, que, verificados os defeitos da petição inicial, cumpria ao juiz, nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil, abrir prazo para a parte emendá-la ou completá-la, ao invés de extinguir o processo.

Na verdade, omissa a petição em ponto relevante, capaz de dificultar o exame do mérito, compete ao juiz, ao invés de indeferir-a, ensejar ao autor oportunidade para emendá-la ou completá-la.

Mas, a emenda recomendada ao art. 284 do Código de Processo Civil pressupõe petição inicial que omite fatos essenciais ao julgamento da causa, que apresenta defeitos capazes de dificultar a compreensão do pedido e, consequentemente, embaraçar a ampla defesa.

No caso em debate, a petição exordial descontém os defeitos apontados pelo magistrado.

Embora não seja primorosa na forma e no fundo, insubiste dúvida de que ela indica a causa de pedir e o pedido, dizendo, com clareza e objetividade, que a pretensão de retomada se funda na falta de pagamento dos aluguéis, fato que, em razão da revelia do locatário, há de se presumir verdadeiro.

Demais disso, na notificação judicial que acompanha a petição inicial, o imóvel locado está perfeitamente caracterizado e identificado, inexistindo dúvida quanto à sua natureza e localização.

Não há, portanto, razão para o indeferimento da petição inicial e subsequente extinção do processo, seja porque a peça exordial descontém defeitos e irregularidades capazes de embaraçar o julgamento do mérito, seja porque, se existentes esses defeitos, cumpria ao juiz ensejar oportunidade para sua correção.

Com efeito, se a petição inicial

contém vícios substanciais, capazes de embaraçar o exame do mérito, deve o juiz, submisso à regra inserta no art. 284 do Código de Processo Civil, abrir prazo para a parte emendá-la ou complementá-la. Não pode o magistrado, antes de facultar a emenda, indeferir a petição inicial que não apresenta vícios substanciais, insuscetíveis de correção.

Por outras palavras, se a petição inicial apresenta defeitos sanáveis, compete ao juiz ensejar oportunidade ao autor para emendá-la. O indeferimento só se dará se, no prazo de 10 dias, a diligência não for cumprida.

Diante disso, dá-se provimento ao recurso para que o feito tenha curso regular.

Salvador, 7 de dezembro de 1988.  
Manuel Pereira - Presidente. Cícero Britto - Relator.

#### *PETIÇÃO INICIAL INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE ADVOGADO INSCRITO NA OAB. DESPACHO MANDANDO A PARTE SUPRIR A FALTA. IRRESIGNAÇÃO. IMPROVIMENTO AO RECURSO.*

*Se a peça vestibular não foi assinada pelo advogado a quem a parte outorgou procuração para o foro em geral, mas somente pelo estagiário acadêmico de direito que nela também figura, tal falta, por constituir mera irregularidade, pode ser suprida com a assinatura do profissional outorgado, que ratificará os atos já praticados, não havendo de se inquinar de ilegal o ato do juiz que assim o determinou. Aplicação, in casu, das disposições contidas nos arts. 301, VIII, e 13 do Código de Processo Civil. Decisão mantida.*

Agr. de Inst. 96/89. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 96/89, de Salvador, tendo como agravante Madeireira Monte del Castro Indústria e Comércio Ltda. e como agravada Domasa - Domani Madeira S/A.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em negar provimento ao agravo e assim decidem, tendo em vista que:

Trata-se de recurso interposto de simples despacho proferido nos autos da ação de execução por quantia certa, promovida contra a recorrente, que determinou fosse intimada a exequente a suprir a falta de subscritor na petição inicial, no prazo de lei, isso porque não teria sido a mesma assinada por profissional devidamente habilitado e sim por um acadêmico de direito já com processo de inscrição como estagiário na Ordem dos Advogados. Tal fato fora apontado como fraude e exercício ilegal da advocacia, e o seu autor seria passível de penalidade, e o ato por ele praticado estaria nulo de pleno direito, impossível, dessa forma, de ser sanado por não se tratar de mera irregularidade.

Não há como aceitar-se a argumentação expandida.

Inexiste nulidade absoluta como entendeu a agravante e nenhuma fraude foi cometida, muito menos estaria o advogado que fosse subscrever a inicial, apontada como nula, a praticar qualquer infração disciplinar prevista na Lei 4.215/63, da OAB.

Ora, consoante se verifica da procuração, em xerox devidamente autenticada, a firma comercial agravada (Domasa - Domani Madeira S/A) outorgara, em data de 5 de junho de 1987, procuração aos advogados ali indicados - Raul Nei Marques Requião e João Floquet Azevedo - para o foro em geral, em qualquer juízo, instância ou tribunal, e de representação extrajudicial e, especialmente, para "propor ação de

execução contra Cinol - Comércio e Indústria de Madeiras do Nordeste Ltda. e Madeireira Monte del Castro Indústria de Madeira Comércio Ltda.

A ação de execução somente fora proposta em 11 de agosto seguinte, tendo somente um dos outorgados assinado a petição inicial, justamente, o Sr. João Floquet Azevedo, que se diz, embora não se provasse, que nessa época não estava inscrito como estagiário na Ordem dos Advogados, sem habilitação, portanto, para o exercício da advocacia. O fato, certamente argüido pela agravante, levou o doutor juiz *a quo* a proferir, com muito acerto, o despacho acatado.

Na verdade, tratava-se de mera irregularidade que podia ser sanada, como foi, com a assinatura da peça vestibular pelo outro outorgado, Raul Nei Marques Requião, advogado com inscrição na OAB. A tal convencimento se pode chegar, em face da norma contida no art. 327 do Código de Processo Civil, *verbis*:

"Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor, no prazo de 10 dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidade ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 dias".

E dentre as matérias enumeradas no art. 301, destaca-se a do seu inc. VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização.

Como se vê, nada mais fez o magistrado senão cumprir a lei naquilo que lhe pareceu justo. É a sua determinação encontra apoio também no quanto prescreve o art. 13 da legislação processual civil que,

"verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito".

Se isso não bastasse, saliente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante decisão de sua 1<sup>a</sup> Turma, no rec. extraord. 92.237-7-PI, de 15.04.80, tendo como relator o M. Cunha Peixoto, admitiu a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, mesmo que fosse argüida a nulidade do ato, por ter sido praticado por pessoa não inscrita na OAB, impedida ou suspensa (*in Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 17. ed. atualizada até 05.01.87, p. 68.*).

E nem se diga que o art. 13 da legislação processual civil cuida somente da representação legal dos incapazes e das pessoas jurídicas, quando é a própria Suprema Corte que o inclui no elenco das irregularidades a serem sanadas à hipótese da incapacidade de postular.

Nessas condições, sem constituir nenhuma violação às normas legais apontadas, a assinatura da petição inicial da ação de execução pelo outro outorgado na procura veio suprir a falta de representação denunciada ao doutor juiz, e assim ratificados os atos praticados pelo apontado acadêmico, não havendo por que aceitar-se a alegação de nulidade e, consequentemente, a pretendida extinção do processo. Daí por que o improviso do agravo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 6 de setembro de 1989. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

#### *PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO.*

*Quando o procedimento é sumaríssimo e a parte ré não comparece à audiência, apesar de regularmente intimada, pode o juiz dispensar a oitiva de suas testemunhas, ouvir as do autor, colher as alegações finais e em seguida sentenciar. Inteligência dos arts. 277 e segs. e 453, § 2º do Código de Processo Civil. Nessa própria audiência, reputam-se intimados os advogados*

*para fins de interposição de recurso (CPC, art. 242, § 1º). Recurso não conhecido.*

Ap. Cív. 203/89. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 203/89, de Juazeiro, em que figuram como apelante Agrovale – Agro Indústrias do Vale do São Francisco S/A, e apeladas Cláudia Santina e outras.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, eis que:

*Data venia, o recurso é intempestivo.*

A apelante fez *tabula rasa* do procedimento que foi sumaríssimo. Com efeito.

Depois de idas e vindas, o juiz *a quo*, através do despacho de fl. 52, designou o dia 24.05.88 para continuação da audiência, interrompida duas vezes (fls. 21 e v e 40/1). Para tanto, foram expedidos os respectivos mandados, sendo intimados a representante legal dos autores, suas testemunhas e seus advogados (fls. 57 e v) e o Dr. Alberto Hélio Pereira Simões (um dos advogados da firma ré, constituído pelo instrumento de fl. 31, juntamente com o Dr. Carlos Alberto Lustosa de Possidio e a Dra. Glacenilda Sans-Gêne Arruda de Possidio). Essa intimação se acha comprovada não só pela certidão da oficialia de Justiça que cumpriu a diligência (portadora da fé pública), como também pela aposição de “ciência” (datada de 11.05.88) e rubrica por parte do referido advogado no mandado (fls. 56 e v). Ao contrário do que afirma a apelante, tal rubrica aposta no referido mandado de intimação, chamando para a audiência, é mesmo a do seu advogado (o Dr. Alberto Hélio Pereira Simões). Basta compará-la com as que constam da contestação de fls. 26 a 30 (especialmente à fl. 30) e do mandado de fl.

82 (no alto à esquerda), corroborado, ainda, pela certidão da oficialia de Justiça de o haver intimado (fls. 82 verso).

As testemunhas arroladas pela firma apelante não foram intimadas nos termos da certidão de fl. 56 v, mas quatro das cinco compareceram espontaneamente à audiência, conforme termo de fls. 61/62 verso, *in verbis*:

"Apregoadas as partes... (...) Verificou-se a ausência da ré Agro Industrial do Vale do São Francisco (*sic!*) e dos seus advogados, tendo comparecido, entretanto, as testemunhas da ré: Ivan Barbosa da Cruz, Francisco Gomes de Assis, Francisco de Assis da Silva e Vitalvaldo da Cruz. Então foi aberta a audiência e não houve realmente a possibilidade de convocar as partes a acordo, em virtude da ausência de representação da ré, quer como preposto quer por advogado..."

A intimação da apelante não houve mas não era mesmo necessária, porque não foi pedida por nenhuma das partes. Além do que, tratava-se de continuação de audiência anterior à qual compareceu funcionário graduado da apelante, ocasião em que foi rejeitado o acordo proposto (fls. 40 e v). Pois bem.

O juiz *a quo*, acertadamente e como ficou constando do termo de fls. 61/2, ouviu as testemunhas dos autores, dispensou a oitiva da ré, colheu as alegações finais dos autores e, em seguida, proferiu sentença (CPC arts. 277 e segs. e 453, § 2º).

Ora, determina o art. 242 e seu § 1º do Código de Processo Civil que, quando a sentença é publicada em audiência, nesta reputam-se intimados os advogados, contando-se daí o prazo para interposição de recurso. Como a audiência foi realizada em 24.05.88 e observado o disposto no art. 184 do Código de Processo Civil, conclui-se que o prazo de 15 dias (CPC, art. 508) para a interposição do apelo terminou para todos em 08.06.88. A instância recursal não se alargou para a firma ré até 25.01.89, como pretende seu patrono. O equívoco em que laborou foi em parte causado

pelo desavisado mandado para intimação de ciência da sentença (fl. 82) expedido exatamente em decorrência de ter o juiz ordenado – "PRI", ao invés de ter dito que dava a sentença por publicada em audiência e intimadas as partes.

Entretanto, sem embargo de ter constado como constou da decisão a ordem de intimação, tal ato é insubstancial e o mandado, irrito, de nenhum efeito e sem aptidão alguma para produzir os efeitos que produziu.

A tempestividade do recurso, qualquer que ele seja (CPC, art. 496, I a V), constitui um dos pressupostos objetivos de sua admissibilidade. Acerca do assunto ensina José Frederico Marques:

"O recurso deve ser interposto dentro do prazo legal. Se tal prazo já houver decorrido, da impugnação se não conhece, e ocorre preclusão absoluta do direito de recorrer... (...) Consequência advinda da peremptoriedade do prazo para recorrer é a de não poder ser conhecido recurso intempestivamente apresentado, mesmo que nada alegue o recorrido" (*in Instituições de Direito Processual Civil*, Forense, 1960, v. 4, n. 893 e 894).

No mesmo sentido são os magistérios de José Carlos Barbosa Moreira (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v. 5, p. 207); Humberto Theodoro Junior (*in Processo de Conhecimento*, Ed. Forense, v. 2, p. 715); Seabra Fagundes (*in Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil*, p. 78).

Diantre de todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, não se conhece do apelo em face da sua extemporaneidade.

Salvador, 2 de maio de 1990. Demeval Bellucci – Presidente. Luiz Peixoto – Relator.

#### REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

*Cabível, perfeitamente, o interdito da reintegração de posse, nos contratos de arrendamento mercan-*

*til – leasing –, na ocorrência de inadimplemento, por parte do arrendatário.*

*Se inadimplente, o arrendatário, no pagamento das parcelas, contratualmente estipuladas, sujeita-se a suportar a constrição dos bens, dados em arrendamento, ainda no início da lide, porque perfeitamente aplicáveis as disposições processuais pertinentes à proteção da posse.*

*Pratica esbulho possessório o arrendatário inadimplente, que mantém, em seu poder, a coisa arrendada, após haver sido notificado a cumprir a obrigação de pagar as parcelas em atraso e não o faz.*

*Posse nova. Liminar admissível. Ação própria ao fim colimado. Apelação provida.*

Ap. 665/90. Relator: Juiz GE  
NUÍNO PEREIRA DE CASTRO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação 665/90, de Salvador, em que é apelante Sudameris Arrendamento Mercantil S.A. e apelada Free-Way Locadora de Automóveis.

Acordam, sem voto discrepante, os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em dar provimento ao recurso, para anular o processo, a partir da fl. 48, concedida a liminar da reintegração de posse, por própria ação ao fim colimado.

O arrendamento mercantil é forma de locação de bens, tanto imóveis como móveis. A lei que o regula no Brasil é a 6.099/74, que não incluiu, em seu âmbito, como ocorre em outros países, o "leasing de operação" ou operacional, mas adstringe-se ao "leasing financeiro", que o caso de que aqui se cuida.

Sudameris Arrendamento Mercantil S.A., aqui apelante, arrendou, por dois contratos distintos, 1.381.791 e 1.396.168, firmados em 1º de agosto de 1989 e 31 de outubro do mesmo ano,

três veículos automotores, estabelecidas as condições de pagamento das parcelas do arrendamento, a cargo da arrendatária, Free-Way Locadora de Automóveis, aqui apelada. Inadimplente esta, no pagamento das prestações mensais, em ambos os contratos, fez a arrendante dirigir à arrendatária as notificações extrajudiciais, de fls. 14 e 15, competentemente formalizadas no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, em 24 de novembro de 1989.

Não havendo a arrendatária acorrido ao adimplemento de suas obrigações, intentou a arrendante, em 5 de janeiro de 1990, ação de reintegração de posse, tombada sob n. 2.228.184 no meritíssimo juízo da Primeira Vara Cível desta Capital.

Ali autuado o pedido inicial, processada a matéria, vista e examinada toda a documentação instrutória, o doutor juiz, não o titular da vara, mas o doutor juiz substituto plantonista, proferiu a decisão liminar, com que deferiu a reintegração possessória daqueles três veículos arrendados à Free-Way, ré.

A decisão liminar peca, é verdade, por sua concisão, por sua desmesurada expressão sintética, mas o que o doutor juiz substituto quis, sim, dizer foi que deferia o pedido inicial, formulado por Sudameris Arrendamento Mercantil S.A., em face da prova espelhada nos documentos oferecidos.

Decisão defeituosa, inquinável, mesmo, de nulidade, pelos motivos apontados, mas, mesmo assim, produziu o efeito de ser emitido o mandado de reintegração liminar de posse, de fl. 31, competentemente assinado por aquela autoridade judiciária.

Os bens não puderam submeter-se à constrição, não se operando, em consequência, a reintegração, em virtude das razões apontadas na certidão de diligência, exarada no verso daquela peça, em 13 de fevereiro de 1990.

Exarada aquela certidão e recolhido o mandado, Sudameris peticiona, seis dias depois, em 19 de fevereiro (fl. 34), e requer que o juízo determine a expedição de ofício ao Detran e à Policia Ro-

doviária Federal, no sentido de procederem a apreensão dos veículos ali indicados, como forma de emprestar cumprimento à decisão judiciária liminar concessiva da reintegração possessória.

Em 6 de março, e não havendo sido, então, cumprida a decisão liminar, endereça Free-Way, ré, a petição de fl. 36-40, em que arguiu não ter tido, jamais, a arrendante a posse daqueles bens, mas, sim, apenas a propriedade, pela aquisição dos referidos veículos à União Bahia Veículos Ltda., pois que sua posse só se dera, simplesmente, por mera "troca de papéis", sob o alegar que o produto do arrendamento jamais se houvera transferido à arrendante.

A par dessa alegação, também arguiu Free-Way que a reintegração só se tornaria possível após se haver rescindido o contrato, trazendo, como sustentação de sua tese, dois excertos de jurisprudência, soltos, sem a necessária comprovação de que serviam à hipótese ajuizada, sendo que o segundo daqueles excertos, cuidando de comodato, não se presta a ser trazido à colação, *in casu*.

Ainda, *a latere*, fl. 39, *in fine*, e 30, *in principio*, alegou Free-Way que a decisão liminar, concessória da reintegração, achava-se desprovida de fundamentação, pelo que pediu fosse ela revogada, ao efeito de continuar a arrendatária na posse dos bens de que se cuida.

Em 12 de março de 1990, da lavra, já agora, do doutor juiz titular, é exarada a sentença, de fl. 48 e seu verso, com que o doutor juiz extinguiu o processo, fazendo-se arrimar no Código de Processo Civil, em seu art. 267, I, indeferindo, assim, a petição inicial da arrendante.

Mas, *data maxima veria*, não foi feliz, desta feita, o Dr. Juarez Alves de Santana, ilustrado prolator da sentença hostilizada, figura conspícua de magistrado, reconhecidamente trabalhador, estudioso, cujas decisões sempre deslinham, com exemplar equilíbrio, as questões que lhe são submetidas a exame e julgamento.

Em sua sentença de extinção do

processo, sua excelência assentou premissa falsa, ao declarar que, não tendo a arrendante a posse dos bens, transferidos por arrendamento mercantil, e havendo escolhido a ação de reintegração de posse, como pedido de liminar, estaria a arrendante usando de procedimento que não correspondia à natureza da causa. Ora, o que a autora, Sudameris, arrendante, pretendeu – reintegração possessória, *initio litis* –, só pretendeu, exatamente, porque não tinha a posse dos bens.

Na qualidade de proprietária, tinha jus, sim, como tem, a perseguir a posse, nos termos em que o fez, tanto mais, e principalmente, porque Free-Way, arrendatária, com o inadimplemento, deixou de ser possuidora legítima, para deter, apenas, a posse viciada, ilegal, maculada, visceralmente, pelo não-cumprimento de suas obrigações contratuais.

O digníssimo doutor juiz, ao afirmar que a ação cabível seria a ordinária de rescisão contratual, a cujo tipo procedimental, consoante afirmou, não lhe era possível adequar e converter a possessória, conforme ajuizada, não poderia, *venia concessa*, com os fundamentos que assentou, extinguir o processo, mas, sim, imprimir andamento ao feito, com aquela mesma titularidade, sob a qual ajuizado como ação de reintegração de posse, até final sentença, depois de deslindadas, obviamente, todas as questões interlocutórias que se houvessem, acaso, suscitado.

A arrendante, Sudameris, na condição de proprietária dos bens, dados em arrendamento, ela, sim, a seu alvitre, poderia ou ajuizar a ação de rescisão contratual, se a tal estivesse legitimamente autorizada, pelo contrato, em que houvesse constado cláusula resolutiva expressa, ou ajuizar a possessória, como o fez, visando apenas a que, com o obtenimento da posse direta dos bens, visse ao depois, sob seu poder, a plenitude do domínio.

Dúvidas não havendo quanto ao fato de ser própria a ação de interdito proibitório, com pedido de reintegração

liminar, dá-se provimento à apelação, pois que, se ao simples possuidor é defeso intentar ação de reconhecimento do domínio, não o é, entretanto, *contrario sensu*, ao proprietário pretender a reintegração de posse, sob a alegação e a prova do domínio. É o caso dos autos. A posse é nova, de bem menos de ano e dia, e a reintegração liminar podia, sim, como o foi, ser pleiteada e concedida, embora os defeitos da decisão liminar, por sua excessiva concisão, como já acentuado.

Dá-se, assim, provimento ao recurso, para anular o processo, a partir da fl. 48, mantendo-se a decisão concessória da posse, *initio litis*, a fim de que o digníssimo juiz do primeiro grau dê, a partir daquele passo do processo, seguimento ao feito, julgando-o, a final, quanto ao mérito.

Integra este acórdão o relatório, de fls. 91 a 94.

Custas, *ex lege*.

Salvador, 19 de setembro de 1990.  
Dermeval Bellucci – Presidente – Genúino Pereira de Castro – Relator.

#### *REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONCESSÃO DE LIMINAR. AGRAVO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. IMPROVIMENTO DO RECURSO.*

*Feita a justificação e comprovada a posse ab initio, agiu com acerto o juiz de primeiro grau ao conceder a liminar, conforme dispõe o art. 929, do Código de Processo Civil.*

Agr. de Inst. 311/89. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 311/89, da comarca de Cipó, sendo agravante Analdina Rodrigues da Fonseca e agra-

vados Ives de Oliveira Araújo e Marcellina Barreto Araújo.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Assim decidiram, incorporado a este o relatório de fls., pelos motivos seguintes.

De início, devem ser examinadas as preliminares suscitadas pelos agravados.

Argüem os agravados a falta de *jus postulandi*, tendo em vista que a procuração de fl. 13, outorgada à Dra. Maria de Fátima Almeida de Queiroz, foi adulterada com o acréscimo do nome do patrono que subscreve o agravo, sendo diferente, pois, da procuração acostada aos autos de reintegração de posse (fl. 71).

Não procede, porém, a alegação.

Vê-se à fl. 71 que, da procuração anexada aos autos da reintegratória, já constavam poderes extensivos ao Dr. Agnaldo Viana, que subscreveu o agravo. Por sua vez, a procuração de fl. 13, mesmo sendo uma xerocópia, é um documento onde consta a assinatura da outorgante e o devido reconhecimento de firma, eis que nada consta que o advogado, ao invés de fazer o traslado da procuração constante no processo principal, faça anexar ao agravo uma outra procuração.

Rejeita-se, pois, a preliminar.

É também improcedente a alegação de intempestividade do agravo, certo que, conforme demonstra o doc. de fl. 23 verso, a agravante foi citada em 13.11.86 e, no mesmo dia, ofereceu o seu recurso, não cabendo indagar, dessa forma, se o patrono da agravante teria tomado conhecimento da decisão agravada, mesmo porque a citação haveria de ser pessoal, eis que não constavam na procuração anexada aos autos poderes para receber citação (fl. 71).

Rejeita-se, também, a segunda preliminar.

No mérito, observa-se, entretanto, que o agravo não merece prosperar.

Conforme se observa dos autos, trata-se de ação reintegratória de posse, fundada em contrato de comodato, tendo os autores notificado a agravante para restituir o imóvel no prazo de 30 dias, como se verifica à fl. 74:

Após a notificação (31.07.80) e tendo a agravante insistido em permanecer no imóvel, passou-se a configurar uma violação à posse dos autores, razão por que ingressaram em 03.10.80 com a ação reintegratória, devido ao esbulho cometido.

Ora, intentada a ação dentro de ano e dia do esbulho, haveria de ser obedecido o rito especial, por força do art. 924, do Código de Processo Civil, mesmo que não pedido pelos autores.

Por outro lado, feita a justificação e comprovada a posse *ab initio*, agiu com acerto o juiz de primeiro grau, ao conceder a liminar, conforme dispõe o art. 929, do Código de Processo Civil.

Mas, não é só. Mesmo tendo a agravante ingressado com a ação de usucapião, não providenciou o seu andamento, e, mesmo se assim não fosse, sendo essa ação de reconhecimento de domínio, primeiramente haveria de ser apreciada a possessória.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Salvador, 30 de dezembro de 1989.  
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

*a ausência de contestação, ao invés de gerar a sanção imposta ao revel, irá beneficiá-lo.*

Ap. Cív. 1.228/89. Relator: Des. CICERO BRITTO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.228/89, de Santo Amaro, em que é apelante Dorival Fiúza Lima e apelada Júlia Mariana Bonfim.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Dorival Fiúza Lima ajuizou, na comarca de Santo Amaro, contra Anísio de Santana Pinho, uma ação possessória, visando reintegrar-se na posse de uma pequena área de terra, sucessivamente esbulhada por atos do acionado.

Em favor de sua pretensão, alegou que celebrou com o acionado um contrato verbal de transferência de posse de um lote de terra, sito na cidade de Santo Amaro, na rua Ferreira Bandeira, pelo preço de Cr\$145.000,00, tendo recebido, como sinal de pagamento, a quantia de Cr\$35.000,00, ficando o restante do preço para ser pago por ocasião da assinatura da escritura de compra e venda.

Investido na posse do bem, o adquirente, insensível às reiteradas solicitações que lhe foram feitas, não pagou o restante do preço, tornando-se inadimplente, o que não o impediu de construir na área ocupada, procedimento que, além de traduzir má fé, configura intollerável esbulho.

O ilustre juiz *a quo*, entendendo que a petição inicial não estava suficientemente instruída, determinou que o acionante justificasse previamente o alegado, citando o acionado para comparecer à audiência que designou.

Realizada a audiência de justificação, que se resumiu na inquirição da única testemunha arrolada, o douto magistrado, persuadido de que o esbulho não restou provado, negou a liminar e

## REVELIA. EFEITOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

*O juiz não está obrigado a considerar provados, por mera ficção, fatos não contestados. Mas, tratando-se de feito que versa exclusivamente sobre questão de fato, não deve julgar a ação improcedente, mas determinar a produção de provas, porque, de outro modo,*

ordenou a intimação do acionado para contestar a ação.

Devidamente intimado, o acionado deixou fluir, sem qualquer manifestação, o prazo de defesa, ensejando o julgamento antecipado da lide.

Exarada a sentença, que julgou a ação improcedente, o acionante interpôs o recurso de apelação, censurando o *descumprimento* que, antecipando o desate da lide, desconsiderou os efeitos da revelia e a inadimplência do devedor.

Noticiado o óbito do acionado, ocorrido em 1984, Júlia Mariana Bonfim, que se encontra na posse do imóvel questionado, ofereceu as razões de fls. 42/43, enaltecedo a decisão impugnada e negando o esbulho.

Cuida-se, conforme realça a precedente exposição, de uma ação possessória, por via da qual se pretende a reintegração na posse de um imóvel que foi objeto de inacabada transação.

Configurada a revelia, o juiz do primeiro grau de jurisdição conheceu diretamente do pedido e, afastando a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, presunção que só pode ser excluída quando ilidida pelo conjunto probatório, julgou a ação improcedente.

É certo que o ilustre juiz *a quo* não estava obrigado a considerar provados, por mera ficção, fatos não contestados. Mas, em se tratando de feito que versa exclusivamente sobre questão de fato, cumpria-lhe, para maior esclarecimento, determinar a produção de provas.

Com efeito, se a revelia não gerou os efeitos do art. 319 do Código de Processo Civil e se as provas recolhidas na fase postulatória não foram suficientes para comprovar os fatos afirmados pelo acionante, ao juiz era vedado antecipar o desate da demanda, julgando-a improcedente.

Ao revés, era seu dever, para encontrar a verdade procurada, que é o objetivo maior da Justiça, projetar o feito para a fase instrutória, tanto mais que, à luz dos elementos probatórios existentes nos autos, não se extrai a in-

veracidade dos fatos afirmados pelo acionante.

De outro modo, a ausência de contestação, ao invés de gerar a sanção imposta ao revel, iria beneficiá-lo, o que, possivelmente, não ocorreria se ele houvesse contestado a ação.

À essa compreensão, dá-se provimento ao recurso, para anular a sentença e determinar a instrução do feito.

Salvador, 2 de maio de 1990. Manuel Pereira – Presidente. Cícero Britto – Relator.

#### SOCIEDADE DE FATO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO AO AGRAVO.

*Impossível, em uma ação de reconhecimento de sociedade de fato, pleitear-se alimentos provisórios até o julgamento da causa, não havendo de prevalecer a decisão que os fixou porque deferidos através de procedimento inadequado, sem qualquer cumulação com a ação alimentar, de rito especial próprio.*

Agr. de Inst. 191/89. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 191/89, de Ipiaú, em que figuram como agravante e agravada, respectivamente, Antônio Walmir Oliveira Rocha e Rita Peixoto de Freitas.

Acordam, unanimemente, os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em dar provimento ao agravo, e assim o decidem, tendo em vista que:

No curso da ação de reconhecimento de sociedade de fato e meação ou partilha proposta por Rita Peixoto de Freitas, contra Antônio Walmir Oliveira Rocha, o doutor juiz, atendendo ao pe-

dido da postulante e deferindo a sua inicial, fixou alimentos provisórios em Cz\$15.000,00, para que o processo, a partir daí, seguisse a sua instrução regular.

Intimado dessa decisão, o agravante, irresignado, interpôs o presente recurso, alegando que o pedido de alimentos é restrito às ações de alimentos ou ações de separação judicial ou divórcio, em decorrência de casos específicos, previstos em lei, e que não integram a espécie requerida pela agravada. Afirma ter ocorrido, assim, verdadeira incompatibilidade do pleito da autora com a ação por ela mesma ajuizada, o que o torna juridicamente impossível, daí por que pede a reforma da decisão agravada, para que se extinga o processo sem julgamento do mérito, ou, no mínimo, a sua reconsideração no que diz respeito à fixação dos alimentos provisórios.

Apresentando suas contra-razões, a agravada, considerando ser procrastinatório o intuito do réu-agravante, pede a manutenção da decisão recorrida, prosseguindo-se o feito no seu curso normal, pois que, fazendo-se a analogia do art. 852 do Código de Processo Civil com a situação presente, lícita e justa torna-se a sua pretensão.

O doutor procurador de Justiça manifestou-se, às fls. 44 e 45, opinando pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformado o despacho hostilizado na parte que fixou os alimentos provisórios.

De inteira procedência se afiguram os argumentos do recorrente.

A ação movida pela autora foi de reconhecimento de sociedade de fato e meação ou partilha, que ligação nenhuma mantém com a ação de alimentos, que deveria ter sido também proposta por quem de direito, os verdadeiros interessados, mas, em autos apartados. Como se pode observar, são pedidos diversos, para cujas ações prevê a lei ritos também diferentes.

Não se pode, numa ação da espécie presente, apreciar-se um pleito de alimentos, tampouco fixar-se, como o fez

o doutor juiz, alimentos provisórios. A ação de alimentos tem legislação própria, com rito especial, onde se deve cumprir, na íntegra, as disposições legais previstas. Como bem assinalou o doutor procurador de Justiça, em seu parecer de fls., não podem duas ações diferentes ter curso simultâneo.

Além do mais, os poucos casos em que se admite a cumulação de ações alimentares com ações ordinárias estão previstos em leis especiais e não integram a espécie discutida. São as ações de investigação de paternidade e de dissolução da sociedade conjugal. O que se examina, no presente, é dissolução de sociedade sem personalidade jurídica, ou seja, de sociedade de fato.

Querer fazer analogia dessa situação com aquela descrita na lei adjetiva pelo art. 852, como pede a autora, é praticamente impossível.

Os alimentos provisórios foram erroneamente fixados, pois que deferidos em meio impróprio e através de procedimento irregular.

Dessa forma, deve-se dar provimento ao recurso para que, reformando-se a decisão agravada, seja indeferido o pedido de alimentos provisórios, seguindo a ação o seu rito normal e próprio, para que seja julgada definitivamente quanto ao reconhecimento da sociedade de fato e da consequente meação ou partilha pedidos pela autora, devendo esta, caso seja a sua vontade, proporcionar aos seus filhos tudo o quanto necessário para que postulem em juízo, com a ação própria e de forma correta, os alimentos a que possam ter direito.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 15 de agosto de 1990. Darmeal Bellucci – Presidente e Relator.

**AÇÃO DE DESPEJO. TEMPES-  
TIVIDADE DA RÉPLICA. PRE-  
CLUSÃO PARA PRÁTICA DE**

**ATO. ART. 183 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO OU CAUSA DE PEDIR. SINCERIDADE PRESUMIDA.**

*O prazo para o autor se manifestar sobre a contestação é de 10 dias, art. 326 do Código de Processo Civil. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato. Art. 183 do Código de Processo Civil. Não configura alteração do pedido a retificação da inicial quanto ao correto nome do beneficiário em ação de despejo para uso de ascendente, sem modificar o pedido ou a causa de pedir. Sinceridade presumida, na retomada de imóvel locado, em favor do beneficiário.*

Ap. Cív. 104/90. Relator: Juiz JOSE JUSTINO TELES.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 104/90, de Salvador, em que é apelante Lucila Suarez Solis e apelados Henrique Rogério Alvarez e sua mulher.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em negar provimento ao recurso pelas razões constantes do voto do seu relator.

#### **Voto**

Rejeito o argumento da apelante de violação, na sentença proferida, ao art. 5º da Constituição Federal, pois tal argüição não tem qualquer fundamento jurídico.

O prazo para que os apelados se manifestassem nos autos, sobre a contestação, não é o de cinco dias, previsto no art. 185 do Código de Processo Civil, mas, sim, de 10 dias, estatuído no art. 326 do sobredito diploma legal, que dispõe:

**"Se o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opuser impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 10 (dez) dias, facultando-lhe o juiz a produção de prova documental".**

Como se lê dos autos, o despacho de fl. 17, determinando a ouvida dos apelados sobre a contestação, foi publicado no dia 5 de dezembro de 1988, numa segunda-feira. Assim, o prazo para a contradita de contestação terminou no dia 15 de dezembro de 1988, numa quinta-feira. Os apelados, no entanto, ingressaram com a réplica à defesa da apelante, no dia 12 de dezembro, numa segunda-feira, portanto, tempestivamente. É o que se observa do cabeçalho da petição de fls. 27/29.

Dessa forma, inexiste, nestes autos, qualquer violação à norma constitucional, razão por que rejeito o argumento enunciado pela apelante.

Igualmente, a meu juízo, não tem qualquer procedência o argumento da recorrente sobre a inexistência de preclusão *in casu*, de sua parte, ao manifestar-se a respeito da petição da apelante de fls. 27/29, na qual foram juntados os documentos de fls. 30/57. Corretíssimo o despacho do juiz de primeira instância, de fl. 27, ao determinar a ouvida dos apelados acerca dos documentos e certidões juntos pela apelada, quando do pronunciamento sobre a impugnação à contestação, pois o art. 398 do Código de Processo Civil dispõe:

**"Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias".**

Lê-se, porém, na certidão de fl. 68 e verso, que a intimação da apelante para falar sobre os citados documentos, de fls. 31/44, foi feita no Diário Oficial do Estado, de 14 de abril de 1988, numa sexta-feira, mas a petição da apelante, de fls. 48/55, somente foi registrada em cartório no dia 19 de junho do mesmo ano, numa segunda-feira, portanto, extemporaneamente, o que, sem dúvida,

resulta na preclusão prevista no art. 183 do Código de Processo Civil, que prescreve:

"Decorrido o prazo, extinguir-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa".

Doutra sorte, os argumentos aduzidos na multicitada petição, referentes à mudança do pedido e da *causa petendi*, da presunção de sinceridade rebatida, a má fé, como vício, e a caracterização do *animus decipiendi* e dos fatos *extra petita* que geraram a presente demanda inserida no sentimento de insulto dos autores, não têm o condão de elidir a preclusão, *in casu*.

No prazo de cinco dias, previsto no art. 398 do Código de Processo Civil, é que seria o momento certo, oportuno, para, querendo, a apelante reenfatizar os argumentos aduzidos na contestação.

A título ilustrativo, importa, ao ensejo, citar-se o arresto, abaixo emendado:

"Na estrutura processual, esgotados os prazos para a realização dos atos, considera-se caduca a possibilidade de realizá-los. Assegura-se, assim, o impulso processual, sem obstáculos e sem recuos. E esse princípio está representado pelo fato de que as etapas do processo se desenvolvem em forma sucessiva, mediante o encerramento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas a momentos processuais já extintos e consumados. Há, pois, com ela, a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, ou pelo descurso infrutuoso do prazo ou pela incidência do princípio da eventualidade, ou pelo exercício de uma faculdade incompatível com outra logicamente anterior (Ac. do 3º Gr. de Cânus, do 1º TACív.-SP, de 12.12.1974, nos embs. 194.350, rel.-juiz Octávio Stucchi" (*Código de Processo Civil Anotado*, de Alexandre de Paula, 2. ed., p. 489).

Desse modo, rejoito, também, o argumento dos apelados da não-ocorrência, no caso figurado, da preclusão.

Outrossim, não me parecem convincentes os argumentos aduzidos no item 3 da apelação de fls. 76/87, a respeito do cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide.

A meu sentir, o fato de os apelados, no curso do processo, terem retificado que pretendem a retomada do imóvel em questão para a ascendente, Sra. Julina Sá de Andrade, genitora e sogra, respectivamente dos apelados, e não para a Sra. Ana Cristina Sá de Andrade, respectivamente, irmã e cunhada dos apelados, não constitui fato tão grave a ponto de admitir-se, só por isso, a insinceridade do pedido e a mudança do pedido e da *causa petendi*.

É matéria jurídica sem discrepância, quer na jurisprudência, quer na doutrina, que, na ação de despejo para retomada do prédio locado, para uso de ascendente, a sinceridade é presumida, tanto assim que o art. 39 da Lei Federal 6.649, de 16 de maio de 1979 (Lei do Inquilinato), reza que, na hipótese do locador não utilizar o imóvel locado, dentro do prazo de 60 dias para o fim declarado, ficará sujeito a pagar ao locatário multa arbitrada pelo juiz, até o máximo de 24 meses de locativo, e mais 20% de honorários de advogado, salvo se provar motivo de força maior.

Doutra forma, estatui o art. 45, IV, do mesmo diploma legal, que constitui contravenção penal, punível com prisão simples, de cinco dias a seis meses ou multas, entre o valor de um a 10 aluguéis vigentes à época da infração, se o locador, retomante, dentro de 180 dias, não usá-lo para a finalidade prevista na ação.

Por igual, apresenta-se-me sem procedência, sem fundamento jurídico, a arguição da apelante que, no caso vertente, os recorridos, propositalmente, ocultaram o nome verdadeiro da ascendente em prol da irmã, da apelada..

No meu entendimento, os apelados, quando na petição de fls. 27/29, de contradita à contestação da apelante, enunciaram que a ascendente verdadeira é Julina Sá de Andrade e não Ana Cristina Sá de Andrade, como constou na

inicial de fls. 2/3, não modificaram nem o pedido nem a causa de pedir, o que é vedado pelo art. 264 do Código de Processo Civil, sem o assentimento do réu.

Na verdade, apenas e tão-somente, retificaram erro material, não modificaram, porém, a *mutatio libelli*, pois a ação de despejo permaneceu com o mesmo fundamento legal, ou seja, retomada do imóvel *sub judice* para uso de ascendente, o que é permitido no art. 52, III, da Lei Federal 6.649, de 16 de maio de 1979 (Lei do Inquilinato).

Em abono dessa inteligência, por opportuno, convém sejam citados os julgados abaixo ementados:

“Não configura alteração do pedido a retificação da inicial quanto ao correto nome do réu, sem modificar o pedido ou a causa de pedir (TJ-DF, apelação DJ 09.04.59/1.623)”.

“Não se pode considerar alteração do pedido simples emenda de equívoco de ordem material, que não prejudica a defesa do réu (TJ-SP, RT 381/123)”.

Por tudo quanto foi expedido, o meu voto é no sentido de negar-se provimento ao apelo.

Salvador, 21 de agosto de 1990.  
José Abreu – Presidente. José Justino Teles – Relator.

## VOTO VENCIDO

Os autores, residentes e proprietários do aptº 1.401, do Edifício Baía Dourada, com base no inc. III do art. 52 da Lei 6.649/79, pediram à locatária Lucila Suarez Solis outro apartamento, no mesmo prédio, para instalar D. Ana Cristina Sá de Andrade, pessoa de idade avançada, genitora da autora, sua dependente, que reside sozinha em imóvel alugado, acarretando grandes despesas aos suplicantes, que a mantêm.

Na contestação, a acionada logo acentuou a impossibilidade de ser alterado o pedido ou a causa de pedir, mostrando que outro imóvel havia sido pedido pelos autores, em ação de despejo aforada na 8ª Vara Cível e que os documentos essenciais à propositura da

ação não haviam acompanhado a peça vestibular da presente ação, inclusive a prova de que D. Ana Cristina é mãe da autora, D. Maiza, porquanto, do contrato de locação, de fls. 8/11, consta ser a locatária solteira e de profissão secretaria executiva, dados até certo ponto incompatíveis com os fatos alegados na inicial.

Os autores, com a réplica, juntaram o título de propriedade do apartamento pedido, esclareceram sobre o motivo da ação que corre na 8ª Vara Cível e retificaram o nome da beneficiária da presente retomada, dizendo que a genitora de D. Maiza é D. Julina Sá de Andrade, enquanto Ana Cristina é, apenas, a filha com a qual residia e a deixara no apartamento, após casar-se, razão por que a outra filha quer trazê-la para perto de si, onde terá melhor assistência e evitar-se-á despesa de aluguel.

Em resumo, foram esses os fatos trazidos à apreciação desta Câmara.

Primeiramente, vale ressaltar que o erro da inicial, pertinente ao nome da beneficiária do pedido, não pode ser minimizado. É o que passo a demonstrar.

Ao preparar a defesa, a ré valeu-se, apenas, do contrato de locação firmado por D. Ana Cristina, do qual constam estado civil e profissão incompatíveis com a situação de “mãe de idade avançada”. Mas, não poderia obter informações úteis relativas à existência de imóveis registrados em nome da verdadeira beneficiária do pedido, nem outros dados que lhe dissessem respeito.

O erro e sua retificação forçaram, também, a confissão dos autores quanto ao vínculo de dependência existente entre eles e D. Julina. As modificações foram sensíveis: ela, em vez de morar sozinha, estaria morando com D. Ana Cristina, até quando esta se casou; após o casamento, D. Ana Cristina foi morar em outro local (não se esclareceu) e cessou de dar-lhe assistência.

Sob o aspecto econômico-financeiro, o apartamento onde reside a genitora de D. Maiza não foi por esta alugado, mas, sim, por D. Ana Cristina, a

quem cabe pagar os aluguéis. A permanência de D. Julina nesse apartamento, portanto, não onera os autores. Entretanto, a retomada de um apartamento alugado vai privá-los da renda respectiva.

Por outro lado, sob o ponto de vista médico e familiar, a autora, além de ser casada como D. Ana Cristina, segundo suas próprias afirmações, está imobilizada em razão de grave acidente. Em consequência, estando imobilizada, não poderá dar assistência a uma pessoa de idade avançada, embora dentro do mesmo apartamento, quanto mais em outro, localizado quatro andares abaixo. A proximidade da genitora, por seu turno, sendo ela de idade avançada, nenhum conforto trará a quem se acha em cadeira de rodas. Sofrerão ambas pela impossibilidade de auxílio mútuo, é o que a experiência nos revela.

Isto posto, ao decidir o juiz, sem analisar a matéria de fato, mesmo superficialmente, declarou que os autores haviam suprido a ausência dos documentos exigidos pelo inc. III do art. 52 da Lei do Inquilinato. *Data venia*, tal não ocorreu. Salvo a prova de propriedade do apartamento, a certidão de casamento dos autores e documentos pertinentes ao acidente que sofreram, só existem os dois contratos de locação (do imóvel retomando e do imóvel locado por Ana Cristina). Não há qualquer com força probante capaz de gerar a presunção de sinceridade dos autores.

Em conclusão, inexistentes os documentos que, de acordo com o inc. III do art. 52 da Lei 6.649/79, induziriam à presunção de sinceridade, os autores, para o êxito da pretensão, estão obrigados a demonstrar a necessidade da retomada, de vez que se enredaram em fatos contraditórios que carecem de esclarecimento. Só a instrução, talvez, pudesse trazer respostas às dúvidas surgidas com a leitura do processo.

Assim, dou provimento ao recurso, ante a impossibilidade de julgar procedente a ação, sem a prova da necessidade da retomada. Olny Silva – Vencida.

#### AÇÕES POSSESSÓRIAS. INDECLINABILIDADE DA CITAÇÃO DA ESPOSA. IMPROVIMENTO DO AGRAVO.

Embora controvertida a inclusão das ações possessórias entre as reais imobiliárias, sua integração no rol das ações dessa natureza tem merecido o referendo de inúmeros julgados de nossas Cortes, como agora se proclama nesse *decisum*. Em pedido cumulado de rescisão contratual com reintegração na posse de imóvel, através de termo de ocupação com opção de compra, firmado pela agravante com o réu agravado – através de cessão, a recorrente, beneficiária de condição resolutiva expressa, mercê de cláusula contratual, promoveu o pedido de rescisão cumulado com reintegração de posse, pedindo, ela própria, na inicial, a “citação do requerido, bem como de sua esposa, se casado for” (cfr. fl. 9 dos autos). Na audiência instrutória, o meritissimo juiz suspendeu a consumação desta, a pedido do agravado que, declarando ser casado, argüiu a necessidade de citação da esposa, por se tratar de ação real imobiliária, dado à exigência do art. 10, parágrafo único, I do Código de Processo Civil. Deferido o pedido de suspensão, a autora agravou, por entender dispensável tal providência, uma vez que os objetivos da ação seriam os de rescindir o termo de cessão, fundado em ocupação e opção de compra, transferido da primitiva ocupante para o agravado, com a aquiescência da agravante. Entende a agravante que a ação aforada gravita em torno de matéria de natureza obrigacional, sendo a ação pessoal e não de índole real, como afiança o agravado. Em se tratando de pedido cumulado (rescisão de termo de cessão derivado da transferência de ocupação e opção de compra, cumulado com postulação de reintegração na posse do imóvel), faz-se indeclinável a

citação da esposa do agravado, como entendeu o meritíssimo juiz. *Improvisoamento do recurso.*

Agr. de Inst. 170/90. Relator: Des. JOSÉ ABREU.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento 170/90, de Salvador, em que figuram como agravante e agravado, respectivamente, Urbis – Habitação e Urbanização da Bahia S.A. – e Hiládio Ferreira dos Santos.

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em negar provimento ao agravo, pelas razões seguintes.

Com a participação da Urbis, o ora agravado figurou como cessionário do termo de ocupação com opção de compra, primitivamente firmado por Ana Maria Borges da Silva, recebendo a posse e a opção de compra do apartamento 001, Bloco 183, do Núcleo Habitacional Cabula VI. Argüindo descumprimento de cláusula contratual, mercê da cessão, pela via locatícia, da posse do imóvel que fora locado à Sra. Lucilene Cruz Santos pelo ora agravado, a recorrente, beneficiária de cláusula resolutiva expressa, ajuizou ação para desfazer, mediante rescisão, o termo de cessão e a conseqüente ocupação e opção de compra, que fora transferida ao réu, ora agravado, pedindo mais a citação da locatária para intervir no feito. Consumada a citação e na audiência inaugural de instrução compareceram o réu (ora agravado) e a locatária, pedindo o primeiro a suspensão da audiência para citação de sua esposa, um vez que se casara civilmente. O pedido mereceu acolhida do meritíssimo juiz, que determinou a citação da consorte do agravado, o que gerou a irresignação da ora agravante, que interpôs, tempestivamente, o presente recurso.

Não merece guarida, *data venia*, a irresignação da agravante. Embora

controvertida a inserção das ações possessórias no elenco das chamadas ações reais imobiliárias, parece-nos que a querela em que se disputa a posse merece inclusão no rol de tais ações. É que a posse, segundo entendimento que adotamos, tem, visivelmente, natureza de um *direito real*. Como adverte Orlando Gomes, em seu festejado trabalho sobre a matéria, “na posse, a sujeição da coisa à pessoa é direta e imediata. Não há sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude. Verdade é que os interditos se apresentam com certas qualidades de ação pessoal, mas, nem por isso influem sobre a natureza real do *jus possessionis*. Destinados à defesa de um direito real, não que ser qualificadas como ações reais, ainda que do tipo *sui generis*” (autor citado – *Direitos Reais*, 8. ed., Forense, 1983, p.27-28). Não é outra a postura da conceituada mestra paulista Maria Helena Diniz, quando, citando a abalizada opinião de Daibert, escreve:

“Entendemos, com Daibert, que a posse é um direito real, posto que é a visibilidade ou desdobramento da propriedade. Pode-se aplicar o princípio de que o acessório segue o principal, sendo a propriedade o principal e a posse, o acessório, já que não há propriedade sem posse. Nada mais objetivo do que integrar a posse na mesma categoria jurídica da propriedade, dando ao possuidor a tutela jurídica. O nosso legislador andou bem em adotar a tese de Ihering, porque se não há propriedade sem posse, dar proteção a esta é proteger indiretamente aquela; se a propriedade é direito real, a posse também o é; se a posse for ofendida, ofende-se também o domínio, daí o motivo pelo qual se deve proteger a posse na defesa da propriedade” (Daibert, citado por Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, 2. ed. rev. e atual., v.4, Direito das Coisas, 1983, p.42).

Individuosa, assim como nos parece, a inclusão das querelas possessórias en-

tre as chamadas ações reais imobiliárias, terá incidência, em tais ações, a regra do art. 10, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil, isto é, que impõe a citação de ambos os cônjuges para responderem às ações reais imobiliárias. Aliás, o próprio agravante, na inicial, pede, textualmente, à fl. 9, a citação da esposa do réu (agravado), se casado for, pedido este agora considerado desnecessário no agravio, uma vez que o recorrente entende que o pedido envolve querela pertinente a direito pessoal (rescisão contratual) e não inserida na casuística do art. 10 da lei processual civil, não sendo, portanto, ação real imobiliária. Trata-se, contudo, de pedidos cumulados, rescisão contratual e reintegração na posse do imóvel, prevalecendo, assim, dado à cumulação de pedidos, a natureza real imobiliária da causa, *data venia*. Embora não seja pacífica a tese da inclusão das querelas possessórias entre as ações reais imobiliárias, adotamos o posicionamento de que tais ações têm essa índole, tese esta, aliás, sufragada por incontáveis decisões de nossos tribunais. Dentre tantas, podemos citar o acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, que tem a seguinte ementa:

"Predominando hoje, no sistema legal, o entendimento de que a posse é um direito de natureza real e incluindo as ações possessórias entre as reais imobiliárias, impõe-se a citação da mulher do réu, em face da necessidade da formação do litisconsórcio passivo, eis que a eficácia da sentença dependerá da citação pessoal dos cônjuges" (Ac. 14.894, 2<sup>a</sup> Câm. TA-PR; proferido na apelação 779/81, rel.-juiz Negi Calixto – *Adcoas*, 1982, n. 85.574, in Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 3. ed., v. 1, p. 55-56).

Outro, colhido na mesma fonte, p. 56:

"A posse é direito de natureza real, impondo-se a citação da mulher do réu nas ações possessórias" (Ac. unân. da 6<sup>a</sup> Câm. do 1<sup>o</sup> TACFv.-SP, de 23.03.82, ap. 289.742, rel.-juiz Jorge Almeida).

Assim, comungando com tal entendimento, provando o agravado a sua

condição de casado civilmente, não se pode censurar a providência do digno juiz, negando-se, assim, provimento ao agravio e mantendo-se o seu duto entendimento.

Salvador, 14 de agosto de 1990.  
José Abreu – Presidente e Relator.

#### CAUTELAR. SENTENÇA. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE. OMISSÃO. APRECIAÇÃO PELO AD QUEM. INÉPCIA NÃO-CARACTERIZADA. PROPRIEDADE DO PROCEDIMENTO.

Havendo omissão quanto à questão suscitada e discutida no curso do processo, pode o Tribunal, amparado no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, apreciar e julgar a matéria. Contendo a inicial todos os requisitos previstos no art. 801 do Código de Processo Civil não há como cogitar sua inépcia. Visando a autora a declaração de existência de relação jurídica com o réu, válida é a utilização da ação declaratória para obtenção de tal fim. Estando presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, deve a cautelar ser deferida.

Ap. Cív. 1.166/89. Relator: Des. OSMAR OLIVEIRA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.166/89, de Salvador, em que é apelante o Banco Econômico S/A e apelada Araújo & Silva Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência, em rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento à apelação para confirmar a sentença recorrida.

A argüição de nulidade da sentença por falta de apreciação de questão levantada no curso do processo é infundada. A matéria ficou prejudicada quan-

do o julgador, expressamente, admitiu o cabimento da cautelar. Inobstante isso, pode o Tribunal apreciar e julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, conforme dispõe o art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, corroborado por farta jurisprudência:

"Não está o Tribunal, ao julgar a apelação, adstrito às questões decididas na sentença de primeiro grau, mas pode apreciar ainda as que, nos limites do pedido, foram suscitadas e discutidas pelas partes" (Ac. do STF, em sessão plenária, rel.-min. Moreira Alves, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v. 86, p. 74).

Exige o art. 801, III, do Código de Processo Civil que a inicial da medida cautelar indique qual a lide e seus fundamentos. A respeito do assunto, acentua Humberto Theodoro Junior, trazido à colação pelo próprio apelante:

"O processo cautelar é instrumental, serve à tutela de outro processo, que a doutrina chama de processo principal ou de mérito.

A lide, que é o conflito de interesse qualificado por pretensão resistida, é objeto imediato não da ação cautelar, mas da ação de mérito. Mas como a medida cautelar pressupõe um processo principal, exige o Código que aquele que pretende a tutela instrumental preventiva demonstre a existência ou a probabilidade da ação de mérito. E isto se faz mediante descrição, no pedido de cautela, da lide e seus fundamentos. Esses fundamentos, com mais precisão, referem-se à ação e não propriamente à lide, que, para sua existência, não reclama fundamento algum.

A demonstração dos fundamentos, portanto, é, *in casu*, destinada a comprovar a existência das condições da ação de mérito. Se estas inexistirem, o processo principal será inviável e a medida cautelar que lhe é acessória também não terá cabimento" (*Com. Cód. Proc. Civil*, 2. ed., Forense, p. 92/93).

Diante da clareza como a matéria foi tratada na exordial, é inconcebível admitir-se que a acionante desatendeu tal exigência.

Pretende a autora, através da lide postular, que, por sentença judicial, se declare, proclame e reconheça o seu direito e enquadramento na anistia da correção monetária sobre a nota de crédito comercial, tal como constitucionalmente previsto e determinado (petição inicial, item 5).

Assim, não há como reconhecer qualquer defeito formal na inicial da medida cautelar, daí por que rejeita-se a preliminar.

No que diz respeito à improcedibilidade do rito escolhido, mais uma vez não tem razão o recorrente.

A alegação de que a matéria deveria ser tratada através de ação consignatória é sem fundamento. A exigüidade de tempo, ante a proximidade da data determinada na Constituição Federal como final para pagamento da dívida, obrigava o devedor a recorrer à ação cautelar, de efeito mais rápido, e não à ação consignatória, que poderia ser ineficaz como forma de garantir o depósito e prevenir-se do vexame a que estaria sujeito.

Ora, já tendo sido efetuado o depósito, a ação principal teria como função, unicamente, declarar se a norma constitucional se aplica ao caso, discutindo-se, assim, se é justa a recusa do credor em receber a quantia devida, matéria esta que pode ser tratada através de ação declaratória e não obrigatoriamente pela consignatória.

Instrumento dos mais salutares à boa manutenção da ordem jurídica, a medida cautelar visa a proteção do direito das pessoas, dispondo, para tanto, de poderes emergenciais capazes de evitar que estes pereçam antes que decisão judicial se manifeste sobre o pedido.

"O caráter instrumental e provisório da medida cautelar permite que o juiz, fora do processo principal, tome providências urgentes, sem necessidade de prévia e completa investigação dos pressupostos da ação principal, mas contentando-se com uma averiguação superficial e provisória para conceder a

medida pleiteada" (Ac. do TA-SP, rel. Geraldo Amaral Arruda, *in* Alexandre de Paula, *O Proc. à Luz da Jurisp.*, v. 7, p. 235).

"O art. 798 do Código de Processo Civil faculta ao juiz a adoção de medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tratando-se de medida cautelar inominada, não exige a lei a certeza de dano futuro. Basta a probabilidade de ocorrência do mesmo, submetida a apreciação dessa probabilidade ao arbítrio do juiz" (Ac. do TJ-SC, *in* obra citada, p. 241).

Na espécie, o acionante apresentou suficientes razões que indicam possuir o direito a anistia constitucionalmente prevista, bem como a iminência do prejuízo irreparável no caso do depósito não ser efetuado a tempo.

Por tais fundamentos, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Salvador, 24 de abril de 1990. Olny Silva - Presidente. Osmar Oliveira - Relator.

**CONDOMÍNIO. CHAMAMENTO AO PROCESSO. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. PROPRIEDADE DO PROCEDIMENTO. APPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 397 E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA.**

*Legitima-se o chamamento do condomínio para integrar a relação processual na ação ajuizada à apuração de responsabilidade por obras na fachada externa do prédio. Não se descharacteriza o salário mínimo como indexador para efeito de propositura da ação pelo proce-*

*dimento sumaríssimo previsto no Código de Processo Civil - 275/I à época de vigência daquele referencial. No procedimento sumaríssimo, admite-se a juntada de documentos nas hipóteses do Código de Processo Civil - 397 e, após deduzida a defesa do réu, poderá o juiz determinar perícia ao esclarecimento de fatos controvertidos e necessitados de prova. Cerca, pois, o direito de defesa a inadmissão de tais recursos probatórios.*

Ap. Cív. 784/89. Relator: Juiz BENITO DE FIGUEIREDO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível 784/89, de Salvador, em que o Condomínio do Edifício Grandes Mares e Jorge Nascimento Santos são apelantes e Amélia Lucas Mattos e Ivone Lucas Mattos, apeladas.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar provimento à pleiteada exclusão do primeiro apelante da relação processual e ao agravo retido, de impugnação à adoção do procedimento sumaríssimo; todavia, ficam providos os outros dois agravos, também retidos e interpostos pelo segundo apelante, referentes ao indeferimento da juntada de documentos(a) e da realização de perícia (b).

De começo, embora não levantada como questão preliminar nas razões de fls. 97/101, do primeiro apelante, impõe-se a definição acerca de sua alegada ilegitimidade passiva, pelo que pleiteia a sua exclusão da relação processual.

Todavia, a arguição não merece acolhida, tendo-se em vista, inclusive, a necessidade de apurar-se ter havido, ou não, omissão do condomínio diante do dever legal de agir no interesse e na defesa do condomínio, cuidando em não permitir atos que pudessem estar atentando contra a lei condominal e pela observância das suas normas internas.

E assim, até prova em contrário, há de subsistir a presunção da responsabi-

dade do condomínio, e, para tanto apurar, a instrução probatória ensejará os dados necessários, por certo.

Dos três agravos retidos, pelo segundo apelante interpostos, deve ser examinado primeiramente o segundo deles (fls. 107/108), que diz respeito à alegação de impossibilidade de adoção do procedimento sumaríssimo, uma vez que, argumenta, o valor atribuído à causa ultrapassa a vinte vezes o maior valor de referência (MVR), a Lei 6.205, havendo feito substituir a expressão "salário mínimo" por "maior valor de referência".

De pronto e traduzindo talvez o entendimento que os tribunais pátrios vêm adotando em torno do assunto, a ementa transcrita em seguida esclarece bem:

"Procedimento sumaríssimo. Causa de valor inferior a 20 salários mínimos. Alegada revogação do disposto no n. I do art. 275 do CPC pela Lei especial 6.205/75. Descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária. Inadmissibilidade. Lei que deve ser considerada em sua especificidade. Não-incidência sobre a lei processual civil. Rito a ser observado.

A lei que procurou descaracterizar o salário mínimo como fator de correção monetária é de ser considerada em sua especificidade, que não tinha força e nem se destinava a reger matéria processual. Lei substantiva por exceléncia" (Id. E. TJ-MG, ap. 69.219, j.04.02.86, RT-609/182).

Em confirmação disso, Theotônio Negrão, anotando o Código de Processo Civil – 275/I, acrescenta:

"Mais recentemente, a jurisprudência está entendendo, por isso, que continua em vigor o critério do salário mínimo, estabelecido no art. 275-I (RT-607/87, em., RJ-TJ-ESP 77/286, JTA 74/363, 92/168; TJ-RS-1<sup>a</sup> Câm. Cív., ac. 585.05690.6, de Santa Cruz do Sul, rel.-des. Athos Gusmão Carneiro, j. 25.02.86, v.u.) (V. p. 154 da 17. ed., de *Código de Processo Civil – ERT*).

E, no caso, segundo bem salientou o doutor juiz, o valor atribuído à causa é

inferior vinte vezes ao salário mínimo então vigente.

Nega-se, pois, provimento ao agravio retido em causa.

Todavia, os demais agravos retidos, o primeiro e o terceiro, comportam provimento, conforme se pode inferir da sua própria fundamentação (cf. às fls. 104 e 111/112).

De qualquer modo, não procede o entendimento do doutor juiz, "de não haver norma disciplinando sobre prova pericial, no procedimento sumaríssimo", ao que sua exceléncia acrescenta haver anteriormente decidido, "que a produção deste tipo de prova só é deferível se a parte com antecedência a requer, formula seus quesitos e já indica seu assistente" (id., à fl. 89), concluindo que, "procedendo assim, torna a parte possível ao juiz saber se há ou não necessidade de consultar-se técnico" (id., à fl. 90).

Não é essa, contudo, a opinião dos doutos, como, a exemplo, a do Prof. Calmon de Passos, que admite, no procedimento sumaríssimo, a aplicabilidade do disposto no Código de Processo Civil – 397 (V. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed., Forense, v.3, p. 147) e da realização de perícia, assim argumentando:

"(...) Conseqüentemente, só na audiência e após a defesa do réu se poderá precisar os fatos controvertidos que necessitam de prova, inclusive os que dependem, para sua prova, de conhecimento técnico ou científico, vale dizer, de prova pericial. Logo, só na audiência pode o juiz decidir sobre a realização da perícia, deferindo-a, determinando-a de ofício, ou indeferindo-a" (id. cf. ib., p. 119).

Juntada de outros documentos, sua conveniência. A propósito, consoante se vê à fl. 104, o agravante sustenta haver-se tornado necessária a juntada das atas de assembleias gerais anteriores, do condomínio e, por meio de que obras semelhantes, foram permitidas a outros condôminos. Evidente que por via das mesmas poder-se-ia constatar se as au-

toras, também elas, deram o seu consentimento em tais oportunidades, negando-o, embora, ao autor. Aliás, no particular, vale lembrados os destaques jurisprudenciais lançados pelo agravante às fls. 68 e 69.

Por outra, a realização haveria de permitir constatar-se se o envidraçamento da varanda da fachada exterior resultou no melhor aproveitamento das dependências da morada do agravante, facultando-lhe uma utilização mais cômoda, protegendo-a inclusive das intempéries, podendo cuidar-se, assim, de benfeitoria útil (Cód. Civ. – 63/ § 2º), e não de acréscimo de mero caráter voluptuário.

Em suma, na realização factual do princípio inserto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o juiz há de atentar na realidade social dos seus dias, buscando ajustar a aplicação da norma jurídica axiologicamente atualizada. Aliás, o Prof. Cândido Dinamarco, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, discorrendo a respeito, di-lo bem melhor:

"(...) Além disso, esses preceitos abstratos e genéricos são construídos com vistas a situações normais previstas e a partir de hipóteses de fato absolutamente claras a quem os estabelece; e a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e, sobretudo, para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei. Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo –, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz, indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado

literalismo exegético, tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno comprehende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença" (id. cf. em *A instrumentalidade do processo*, ERT, São Paulo, 1987, it. 28.3., p. 174/175).

Do exposto, dá-se provimento ao primeiro e ao terceiro agravos retidos.

Em suma, rejeitada a exclusão do primeiro apelante da relação processual e improvido o agravo retido, de impugnação ao procedimento adotado no caso, dá-se provimento aos outros dois agravos do segundo apelante, para, tendo-se como configurado o cerceamento de sua defesa, declarar-se a nulidade processual a partir do indeferimento da pleiteada produção de nova prova documental (a) e da pericial (b).

Salvador, 12 de dezembro de 1989.  
Wilde Lima – Presidente. Benito Figueiredo – Relator.

**CONSIGNATÓRIA. APELO PARCIAL. DESCABIMENTO DO PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO À LIDE. INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROVIMENTO DO APELO.**

*Invocando os benefícios constitucionais e julgando-se eximida do ônus da correção monetária, ajuizou a firma autora a ação consignatória para obter a quitação judicial de seu débito, eliminada a aludida parcela. Logrando êxito, em primeiro grau, o banco acionado apela parcialmente, irresignando-se*

*contra o não-acolhimento de seu pedido de denunciação, formulado na contestação, e em que postula o chamamento da União, por entender, erroneamente, que o art. 60 das Disposições Transitórias da Constituição Federal admite a ação regressiva, quando se tratar de banco oficial, movida esta pela instituição bancária oficial contra a União. Transitada em julgado a sentença nos seus demais capítulos, considera-se descabida a pretendida denunciação, fruto de uma errônea interpretação, negando-se, assim, provimento ao apelo parcial.*

Ap. Cív. 691/90. Relator: Des. JOSÉ ABREU.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 691/90, de Senhor do Bonfim, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, o Banco do Estado da Bahia S/A e Jairo Monteiro Martins e Cia. Ltda.

Por entendimento unânime, acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em negar provimento ao apelo parcial do recorrente. Assim se decidem, tendo em vista que:

O apelo é tempestivo e parcial. Na comarca de Senhor do Bonfim, e por seu ilustre advogado, a firma autora utilizou-se da ação consignatória para obter quitação de seu débito junto ao Banco do Estado da Bahia, postulando a anistia da correção monetária diante dos termos do art. 47, § 3º, III, da Constituição Federal, nas suas Disposições Transitórias. O banco contestou, argüindo preliminares várias e defendendo-se, quanto ao mérito. Houve réplica, e após seu oferecimento, conclusos os autos, o nobre juiz os trouxe com a sentença, desatada antecipadamente a lide. Na sentença, o juiz rejeitou as preliminares e, no mérito, entendeu a ação procedente, dando a quitação pretendida, com as cominações legais. O Banco

do Estado da Bahia, ciente das conclusões do *decisum*, ofereceu apelo parcial, limitando-se a recorrer do indeferimento do pedido de denunciação, formulado na contestação, em que postulou que fosse a União denunciada para integrar a lide, para fins de exercício, se perdedor o Banco do Estado da Bahia da ação regressiva que entendia cabível, resultante da interpretação da norma do art. 60 das Disposições Constitucionais Transitórias, que, vedando o regresso de bancos comerciais privados, admitiria, a contrario sensu, esse direito aos bancos oficiais. Limitou-se a arguir, no apelo, a tese da indeclinabilidade da denunciação, considerado o processo nulo, por tal preterição, pedindo a remessa do feito à Justiça Federal e assegurada a participação da União na lide. Preliminarmente, entendo que a matéria poderia ser ventilada na apelação, uma vez que não houve despacho preliminar que anunciasse o desate antecipado da lide, o que impedi o ora apelante de agravar, podendo arguir a matéria na apelação, como o fez.

Conhecendo, assim, da impugnação, limitar-nos-emos a essa única aferição, consideradas as demais partes da sentença como transitadas em julgado. Esta afirmação resulta do fato de ser o apelo parcial e aí, como assevera José Carlos Barbosa Moreira, em seus festejados *Comentários*,

“O que o órgão *ad quem* não pode fazer é ultrapassar os marcos postos pelo recorrente: assim como, no julgamento de primeiro grau, se tem de decidir a lide nos limites em que foi deduzida (art. 128) e não é possível conceder à parte mais do que pedira (art. 460), analogamente, se passam as coisas no julgamento do recurso”. E, mais adiante, assinala o mesmo comentarista, na mesma obra:

“A coisa julgada que se formar sobre ela tem de ser respeitada pelo órgão *ad quem*, de modo que este jamais poderá dar pela existência do direito pendente” (autor citado, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed., Forense, p. 280-281).

Essa situação, portanto, ou seja, as demais partes da sentença estão acobertadas pela *res judicata*. Limitar-nos-emos, assim, dado à parcialidade do apelo, a decidir se se defere o pedido de denunciação da lide, com o chamamento da União (provendo, assim, o apelo) ou se se mantém o indeferimento do primeiro grau, negando o aludido pedido, e, consequentemente, provimento ao apelo. Meramente se analisará a validade ou invalidade do *decisum*, sem qualquer apuração quanto ao mérito.

*Data venia* do nobre advogado apelante, andou-se acertadamente o digno juiz de primeiro grau. Não tem o menor cabimento a pretendida denunciação da União. A postulação do chamamento resulta de uma errônea interpretação do texto do art. 47 e §§ 6º e 7º do ato Das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta Federal vigente. O art. 47 e parágrafos aludidos têm a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 47. "Na liquidação dos débitos, inclusive suas renegociações e composições posteriores, ainda que ajuizados, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por bancos e por instituições financeiras, não existirá correção monetária desde que o empréstimo tenha sido concedido:

.....  
§ 6º "A concessão do presente benefício por bancos comerciais privados em nenhuma hipótese acarretará ônus para o Poder Público, ainda que através de refinanciamento e repasse de recursos pelo banco central".

§ 7º "No caso de repasse a agentes financeiros oficiais ou cooperativas de crédito, o ônus recairá sobre a fonte de recursos originária".

O argüinte do pedido de denunciação lastreia seu raciocínio de forma errônea, *data venia*, valendo-se de um silogismo que não resiste a uma análise serena, *data venia*, mais uma vez. Entende o douto advogado que, excluindo os bancos comerciais privados de uma

possível ação regressiva, diante da preemtória negativa do § 6º, uma vez que eles mesmos (os bancos comerciais privados) deveriam suportar tais ônus, como está dito no aludido parágrafo, valeria, a *contrario sensu*, a viabilidade de tal direito aos bancos oficiais, que não estariam incluídos na casuística do § 6º do art. 47, já mencionados. Não entendemos assim. O que o legislador constitucional assentou, no artigo e parágrafos mencionados, é que tanto os bancos comerciais privados como os oficiais, cada um deles, suportariam os ônus resultantes da eliminação da correção monetária. Assim não fosse e o mandamento seria altamente injusto, por onerar os bancos comerciais privados e permitir o regresso contra a União aos bancos oficiais, que compõem a própria estrutura governamental, em nosso sistema federativo, União e estados-membros.

Por tais motivos, pela falta de base jurídica e lógica na argumentação, *data venia*, andou-se bem o juiz ao indeferir o pedido de chamamento da União, inteiramente descabido e, em consequência, nega-se provimento à apelação.

Salvador, 4 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira — Presidente. José Abreu — Relator.

**CONTRATO. DESCUMPRIMENTO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA TÁCITA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 119 DO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA.**

*A confissão de descumprimento de cláusula contratual enseja, quando o contrato não prever expressamente sua resolução, a condição resolutiva tácita prevista no parágrafo único do art. 119 do Código Civil — não incorre em julgamento ultra petita a sentença que condena a ré em perdas e danos e honorários advocatícios corrigidos*

*nos termos da Lei. 6.899/81. Improvimento do recurso.*  
Ap. Cív. 1.076/89. Relator: Des.  
OSMAR OLIVEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.076/89, de Salvador, em que é apelante Bertolina Rodrigues da Silva e apelados José Secundino Vaqueiro Maturino, sua mulher e outros.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência, em negar provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

De início, cabe ressaltar que a não-transferência do financiamento não foi fator determinante da inadimplência da ação, conforme bem pondera o ilustre magistrado:

“Esclareça-se, de outro modo, que a não-transferência do financiamento não foi causa determinante da inadimplência da ré, pois, conforme se demonstra dos documentos acostados à contestação (fls. 43/57) e o expediente de fl. 63, a suplicada sempre e sempre efetuara os respectivos pagamentos a destempo e para este só fato nenhuma influência causaria a não-localização dos autores, conforme noticiado na peça contestatória e amparado nos depoimentos das testemunhas Aldenora Batista Souza e Genilda Ali-Derschum Derson” (fl. 160).

Ademais, se vontade houvesse da ação em transferir o contrato de financiamento, a interpelação feita lhe proporcionaria os meios necessários para consumá-la.

O descumprimento de cláusula contratual é incontestável. Tal fato se evidencia não apenas quando a ação admite, nas razões do recurso, que a “carta” enviada pelo agente financeiro consta um atraso de duas parcelas, mas, sobretudo, por não comportar a purgação da mora após o transcurso do prazo que, nos casos em que há interpelação,

começa a contar a partir desta e não da citação da ação de rescisão do contrato.

“Promessa de compra e venda. Inadimplemento. Feita a interpelação e constituído o devedor em mora, não é admissível a emenda da mora no prazo da contestação da ação rescisória do contrato” (Ac. da 2ª T. do STF, rel. min. Leitão de Abreu, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v. 83, p. 416).

Ora, a afirmação da apelante, de que se encontrava em dia com os pagamentos das prestações, cai por terra diante da informação prestada pela própria Caixa Econômica através do ofício de fl. 63, onde ficou exuberantemente demonstrado que aqueles pagamentos sempre se efetuaram com atraso, culminando, após interpelada judicialmente, em pagar algumas parcelas com cheque sem provisão de fundos.

Em razão de não haver no contrato cláusula resolutiva expressa, desde quando a previsão referida pela apelante diz respeito exclusivamente à multa pecuniária incidente, deve ser aplicada a norma do parágrafo único, do art. 119 do Código Civil:

“A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito e por interpelação judicial, no segundo”.

Por último, não ocorre julgamento *ultra petitiā* a condenação em honorários advocatícios devidamente corrigidos. Basta se atentar para o art. 1º da Lei 6.899/81, que dispõe:

“A correção monetária incide sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive sobre custas e honorários advocatícios”.

Incensurável, pois, a decisão do primeiro grau exarada em perfeita harmonia com a ordem jurídica.

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Salvador, 24 de abril de 1990. Olny Silva – Presidente. Osmar Oliveira – Relator.

**DESPEJO. USO PRÓPRIO.  
JULGAMENTO ANTECIPADO.  
ADMISSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE SINCERIDADE. RETENÇÃO DO IMÓVEL. IMPossIBILIDADE. BENFEITORIAS NÃO-CONSENTIDAS.**

*Em qualquer regime de locação, é admissível o julgamento antecipado da lide. Na retomada para uso próprio, milita em favor do retomante a presunção de sinceridade. Ao locatário não é lícito reter a coisa alugada, exceto no caso de benfeitorias necessárias ou úteis, se estas houverem sido feitas com expresso consentimento do locador. Improvimento do recurso.*

Ap. Cív. 687/90. Relator: Des. OSMAR OLIVEIRA.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 687/90, de Itaparica, em que são apelantes Walter Fernandez Alvarez Filho, Carlos Henrique Agle Fernandez e Roberto Agle Fernandez e apelada Risoleta Garcia Galvão.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência, em rejeitar as preliminares e negar provimento ao agravo retido e à apelação, para confirmar a sentença recorrida.

Em primeiro lugar, não tem justificativa legal a intempestividade do recurso suscitada pela acionante, ora apelada. Em verdade, salvo raras exceções, predomina o princípio de que o prazo de recurso começa a correr da data da juntada aos autos do aviso de recebimento, segundo farta jurisprudência:

*"Intimada a parte, através de carta postal, da sentença, o prazo de recurso conta-se da juntada aos autos do aviso de recebimento daquela correspondência"* (Ac. da 1<sup>a</sup> T. do STF, rel.-min. Bi-lac Pinto, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v. 77, p. 939).

"O prazo para recurso, quando feita por carta postal a intimação, começa a fluir da data da juntada do aviso de recebimento aos autos" (Ac. do TJ-MG, rel.-des. Geraldo Ribeiro do Valle, *in Jurisp. Mineira*, v. 69, p. 43).

Em segundo lugar, por despacho de fl. 83, a digna magistrada considerou desnecessária a produção de prova em audiência e anunciou o julgamento antecipado da lide. Do referido despacho, houve agravo retido, que não merece acolhida.

O julgamento antecipado da lide é uma faculdade atribuída pela lei ao juiz. Representa um avanço na dinamização do Poder Judiciário. É uma das inovações mais aplaudidas do atual Código de Processo Civil, já que visa, acentuadamente, a agilização da prestação jurisdicional e a economia processual.

*"Se a defesa pelo réu não ilide o direito do autor, torna-se dispensável a diliação probatória, podendo ser proferido julgamento antecipado da lide"* (Ac. do TA-RJ, rel.-juiz Geraldo de Arruda Guerreiro, *in Alexandre de Paula, O Proc. à Luz da Jurisp.*, v. 3, p. 487).

*"O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo julgamento antecipado da lide, mesmo quando a questão for de direito e de fato, mas não houver necessidade de produzir prova em audiência"* (Ac. do TJ-RS, rel.-des. Donato João Schnem, *in Rev. de Jurisp.*, v. 70, t. 2, p. 831).

Daí por que, inexistindo o alegado cerceamento de defesa, nega-se provimento ao agravo retido.

Em terceiro lugar, também não encontra amparo legal a carência de ação com o pretexto de haver pluralidade de locadores. Invocam os acionados Os-waldo Opitz como suporte de seus argumentos sem, entretanto, concluir o seu entendimento, o que ora se faz:

*"A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (CC, art. 896). O art. 1º, § 5º, da Lei 6.649 criou um caso de solidariedade, quando houver na relação *ex locato* mais de um locador ou mais de um locatário..."*

Pela norma do artigo em exame, parece que qualquer um dos locadores solidários pode exercer a ação de despejo, porque é uma das condições da solidariedade caber a cada um dos credores solidários exercer o direito de exigir do devedor (locatário) o cumprimento da obrigação, por inteiro (art. 898).

Ademais, houve a concordância dos outros co-proprietários para a retomada do imóvel em favor da acionante, segundo se constata pelo documento de fl. 33, seguindo, aliás, a lição de Alfredo Buzaid adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

“É princípio geral aceito pela doutrina que, sendo o imóvel indiviso, o direito de retomada pode ser exercido em benefício de todos os condôminos, ou de um deles, desde que haja o consentimento de todos” (*Rev. Trim. Jurisp.*, v. 51, p. 106).

No mérito, outra sorte não tiveram os acionados. Convém ressaltar que a insinceridade, com tanta veemência por eles arguida, não tem a mínima procedência, desde quando são fartas a doutrina e a jurisprudência de que a prova da sinceridade do pedido, feita pelo locador, que alega precisar do prédio para seu uso, é presumida.

“Retomada para uso próprio. Não há necessidade de o retomante demonstrar a sinceridade ou a necessidade do pedido, porque a necessidade e sinceridade se presumem” (Ac. da 2<sup>a</sup> T. do STF, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v. 55, p. 694).

“Na retomada do prédio pretendido por seu dono, para uso próprio, isento está este do ônus da prova de sinceridade do pedido” (Ac. do TJ-ES, *in Oswaldo Opitz, Locação Predial Urbana*, p. 300).

Ora, além da desnecessidade da prova de sinceridade por parte da locadora, está comprovado nos autos de que ela fez sentir aos locatários, ora apelantes, sua oposição à continuidade da locação porque ia precisar do imóvel para instalar sua residência.

Por último, a Lei 6.649/79, em seu

art. 26, que é uma reprodução do art. 1.199 do Código Civil dispõe:

“Não é lícito ao locatário reter o prédio alugado, exceto no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com o consentimento, por escrito, do locador”.

Acentua Clóvis Bevilácqua que o locatário usa da coisa alheia, se nela quer fazer despesas meramente úteis, para aumento das vantagens que o uso lhe dá, é preciso que peça autorização ao proprietário. Somente assim poderá o locatário exercer o direito de retenção..

“O locatário somente tem direito à retenção de benfeitorias necessárias ou úteis para haver a indenização devida, se elas foram realizadas com expresso consentimento do locador” (Ac. do STF, *in Com. à Lei do Inquilinato*, Ivan de Hugo Silva, p. 175).

Ora, o consentimento do locador deve ser provado para que se verifique a hipótese legal. Inexiste nos autos este consentimento.

Dessarte, as alegadas benfeitorias, que seriam provadas através de perícia e testemunhas, de nada valeriam ante a eloquência da cláusula 10<sup>a</sup> do contrato onde assinalam as obrigações do locatário.

“Injustifica-se a retenção por benfeitorias, ainda que elas aumentem a funcionalidade do prédio locado, se constar do contrato cláusula isentando o locador da obrigação indenizatória” (Ac. do TJ-BA, rel.-des. Cícero Britto, *in Bahia Forense*, v. 23, p. 353).

Por tais fundamentos, rejeitam-se as preliminares e, no mérito, nega-se provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Salvador, 27 de novembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente e Relator.

**EXECUÇÃO. AVALISTA. SOLIDARIEDADE COM O EMITENTE. PENHORA. BEM HIPOTECADO.**

*Sendo o avalista devedor solidário, pode figurar passivamente na execução, ainda que simultaneamente com o emitente. A penhora não está impedida de recair sobre bem hipotecado, bastando que o credor hipotecário seja intimado. Improvimento do recurso.*

Ap. Cív. 569/90. Relator: Des. OSMAR OLIVEIRA.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 569/90, de Salvador, em que são apelantes Victor Muhana e sua mulher e apelada Dalva de Lima.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência, em rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

De início, suscitam os recorrentes a nulidade da sentença em razão de não ter sido apreciada a preliminar de ilegitimidade de parte.

Em verdade, ainda que de forma bastante simples, a preliminar foi devidamente considerada, tanto que o ilustre *a quo* declarou expressamente ser Maria Garrido Viana Muhana avalista da nota promissória. Daí por que não se justifica a nulidade da sentença sob a falsa alegação de ilegitimidade de parte.

O reconhecimento do avalista para figurar passivamente na execução é matéria pacífica, pois equiparado ao emitente para efeito de garantia do título. Assim, torna-se ele devedor solidário, estando, pois, incluso na regra do art. 568, I, do Código de Processo Civil.

“Não ocorre inépcia da inicial pelo fato de a execução se dirigir contra o emitente e o avalista, simultaneamente” (Ac. do TJ-SC, rel.-des. Hélio de Mello Mosimann, *in Jurisp. Catarinense*, v. 28, p. 267).

Inconsistente, também, o entendimen-

to da impenhorabilidade do bem hipotecado. Da simples leitura do art. 615, II, do Código de Processo Civil, deduz-se ser perfeitamente possível a penhora do bem hipotecado, bastando que o credor seja intimado da penhora.

“Nos termos do art. 615, II, do Código de Processo Civil, cumpre ao credor comum requerer a intimação do terceiro, credor hipotecário, quando a penhora, na ação de execução que proponer contra o devedor de ambos, recair em bens gravados pela hipoteca; entretanto, se a providência não é tomada, e, mesmo assim, o credor hipotecário comparece espontaneamente em juízo, para exercitar seu direito de preferência, o efeito é o mesmo da intimação de que trata o artigo supra-referido, não podendo o comparecente ser excluído da relação processual (Ac. do TJ-MS, rel.-des. Sérgio Martins Sobrinho, *Rev. de Jurisp.*, v. 4, p.106).

Dos autos não só consta a intimação do credor hipotecário, como a manifestação deste sobre o bem penhorado (fl. 26 da execução), cumprindo, assim, a formalidade legal para a validade da penhora.

Por último, inexiste qualquer prova a respeito do pagamento do título.

Nessas condições, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento ao recurso para manter a sentença recorrida.

Salvador, 20 de novembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente e Relator.

**FATOS NÃO-IMPUGNADOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE CONTIDA NO ART. 302 E SEUS INCISOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DO DISPOSITIVO LEGAL.**

*Entendendo que a parte embargada não impugnou as argu-mentações jurídicas levantadas pela embargante, pertinentes à correção*

*monetária e à anistia constitucional, o juiz apelado acolheu os embargos do devedor, para determinar a extinção da execução, com as cominações legais, gerando a inconformidade do banco apelante que recorreu. Acolhimento da tese esposada no recurso, pela evidência de uma interpretação inadequada dos dispositivos legais invocados, que se referem à impugnação dos fatos e não ao direito invocado pela parte. Provimento do apelo para que seja o mérito da lide apreciado pelo juiz, para que não se suprima uma instância, garantido o princípio do duplo grau.*

Ap. Cív. 876/90. Relator: Des. JOSE ABREU.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 876/90, de Itaberaba, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Banco Econômico S.A. e Hildevício Antônio Gondim.

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em dar provimento ao apelo, para que o juiz profira sua decisão quanto ao mérito da causa, uma vez que não tem cabimento a pretendida confissão, que não se refere ao direito questionado, mas aos fatos apontados pela parte autora, preservando-se, assim, o duplo grau de jurisdição, cânones processual.

Assim se decide porque:

Lastreado, ao que diz, no princípio do art. 302, e seus incisos, do Código de Processo Civil, entendeu o eminente juiz de acolher os embargos e extinguir a execução a estes apensada, uma vez que os fatos argüidos na inicial não teriam sido impugnados pelo banco exequente, na contestação dos embargos. Entretanto, essa circunstância, *data venia*, não ocorre no caso *sub judice*, como bem adverte o nobre advogado apelante. A

contesteção de fls. 23 a 24, embora seja peça sucinta, oferece contradita aos fatos, embora não discuta, especificamente, a matéria jurídica pertinente ao mérito, no que respeita a tese da não-incidência da correção monetária e da anistia constitucional. Afirma, na contestação, o apelante que o título ensejador da execução é dotado de liquidez, certeza e exigibilidade, não tendo sido atacado em seu aspecto formal, nem ocorrido pagamento, novação, transação ou compensação (fl. 35). Essa omissão de rebater a tese esposada na inicial, como é óbvio, diz respeito ao mérito e não aos fatos, sendo estes que, não impugnados, geram a confissão de que trata o art. 302 e seus incisos. O meritíssimo juiz estaria compelido a desatar a lide no seu aspecto meritório, o que não fez, sob a falsa premissa do que não houvera impugnação na contestação e de que a confissão seria presumida. Olvidou o brocardo *da mihi factum, dabo tibi jus* ("da-me o fato que te darei o direito"), estando os fatos nos autos, alegados pelas partes, sendo indeclinável o direito, que não foi afirmado pelo juiz, que não apreciou a causa, no mérito. Cumpre, entretanto, fazê-lo, ele próprio, sob pena de se eliminar o duplo grau, cânones processual. A jurisprudência é pacífica, no sentido de que o art. 302 e seus incisos se referem aos fatos e não ao direito. Entre muitos, este acórdão colhido na obra de Alexandre de Paula:

"Não mais se admite a contestação por negativa geral; cabe ao réu impugnar um a um os fatos narrados na inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos descritos e não impugnados especificamente" (3<sup>a</sup> Câm. do TJ-SC, de 31.05.83, apelação 19.561, rel.-des. Wilson Guarany Vieira, *in CPC anotado*, 3. ed., v.2, p.215).

As lições dos doutrinadores citados na sentença confirmam, exatamente, este ponto de vista e não autorizam a tese da sentença, *data venia*. Por tais

motivos, é que se dá provimento ao recurso para que o meritíssimo juiz de primeiro grau aprecie a lide, quanto ao mérito.

Salvador, 4 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira - Presidente. José Abreu - Relator.

#### JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. OPORTUNIDADE.

*Não havendo prova satisfatória nos autos, não pode o juiz optar pelo julgamento antecipado da lide só porque o autor assim o requereu, apesar de haver protestado por todos os meios de provas, mormente quando o art. 230 do Código de Processo Civil autoriza a produção de prova de ofício. O julgamento antecipado só cabe se, sendo a questão de mérito de direito e de fato, os fatos estejam suficientemente provados.*

Ap. Cív. 764/89. Relator: Desa. OLNY SILVA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 764/89, de Itamaraju, em que são apelantes Graciano Almeida Lacerda e outros e apelados Edilon Sarlo Marily e sua mulher.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, unanimemente, em rejeitar a preliminar de revelia relativa aos réus Jânio Almeida Lacerda e outros e dar provimento, em parte, ao apelo para declarar nula a sentença.

A ação, visando a nulidade de venda de ascendente, foi proposta contra os menores Jânio Almeida Lacerda e irmãos e mais Edilon Sarlo Marily e esposa, que teriam servido como prestatórios numa venda ficta da mãe do autor, dona Maria Almeida Lacerda, para favorecer outros herdeiros.

Em sendo a ação proposta contra mais de um réu, o Código estabeleceu que o prazo para contestar é em dobro, não indicando que este ou aquele réu disporia dos primeiros 15 dias ou dos últimos 15 dias.

Trata-se de prazo comum, mesmo porque se houvesse quatro, cinco ou mais réus, o prazo seria de 30 dias, não podendo ser repartido para se atribuir 15 dias a cada um deles.

Se é prazo comum, pouco importa que Lídio Almeida Lacerda tenha retirado os autos em 14.04.85 e apresentado sua contestação a 09.05 do mesmo ano. Fê-lo, portanto, dentro do prazo comum de 30 dias.

Por outro lado, só para argumentar, os réus combinaram a utilização do prazo, que dividiram em duas partes, sendo os primeiros 15 dias dados ao suplicado Edilon Sarlo, e os 15 dias restantes dados a Lídio Almeida Lacerda, conforme petição de fl. 64.

A citação foi juntada aos autos em 11.04.85, sendo que, a partir do dia 12, começou a fluir o prazo para o suplicado Edilon Sarlo, que protocolou a sua contestação em 25.04.85 (fl. 66).

O suplicado Lídio Almeida Lacerda, representante dos menores, protocolou sua contestação em 09.05.85, dentro dos 15 dias restantes que lhe atribuiu e antes do prazo fatal de 30 dias, que se verificararia em 11 de maio de 1985.

Por tais fundamentos, rejeita-se esta preliminar.

Quanto à alegação dos autores, de que a venda de ascendentes é nula e não-anulável, mesmo que ainda realizada por interposta pessoa, essa tese não tem aceitação predominante dos nossos tribunais.

O Código Civil, em seu art. 1.132, proíbe a venda dos ascendentes aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente o consintam. Disto conclui-se que a nulidade absoluta só tem cabimento quando a venda é direta.

No caso dos autos, os autores

apontam uma possível simulação de venda por parte da sua genitora a Edilon Sarlo Marily e destes aos netos da mesma.

Como a genitora dos autores não estava impedida de vender a Edilon Sarlo Marily, a simulação há que ser provada, tornando assim o ato não nulo, mas sim anulável, vale dizer, de nulidade relativa.

No particular, a sentença está correta em não acolher essa tese, valendo pelos seus próprios fundamentos.

Quanto ao julgamento antecipado da lide, merece reparo, porque, em acolhendo entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, de que a simulação há que ser provada, o juiz não poderia encerrar a instrução sem perquirir as provas para obter o convencimento absoluto da existência ou inexistência da simulação da venda que os apelantes pretendem anular.

No caso, não vale o argumento de que os autores, tanto na inicial como na réplica, requereram o julgamento antecipado da lide, porque ao juiz não é dado assim decidir só pelo fato das partes quererem.

A decisão do julgamento antecipado da lide é por considerar-se desnecessária a instrução, vale dizer, por estar o juiz satisfeito com a prova produzida.

Por isso é que J. J. Calmon de Passos entende que:

"O inciso I do art. 330 prevê o julgamento antecipado da lide se for exclusivamente de direito a questão de mérito, ou, sendo esta de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

O deferimento da tutela pretendida pelas partes, vale dizer, a composição do conflito de interesses colocado como objeto do processo, depende da certeza do magistrado quanto aos fatos que lhe servem de suporte" (Em *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v.8, p. 418).

A análise desta norma (art. 330, I, do CPC), no particular, há de ser realizada em confronto com o preceito do art. 130 do Código de Processo Civil,

que atribui ao juiz competência para determinar de ofício, ou a requerimento das partes, as provas necessárias à instrução do processo.

Se o juiz pode, de ofício, determinar a realização de provas é porque o princípio dispositivo do nosso Código não é tão rigoroso.

Comentando o assunto, Celso Agrícola Barbi, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed., v.1, t.2, p. 531, diz que:

"Assim, a rigor, o juiz não poderia julgar fora do que as partes alegaram nem ter em conta provas não apresentadas por elas.

Todavia, o princípio dispositivo vem sofrendo sucessivos reexames, com o resultado de estar abrandado o seu rigor à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderante das partes, e passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou.

A necessidade de esclarecimento de certos fatos, para propiciar um correto julgamento da causa, fez com que alguns códigos modernos permitissem ao juiz liberdade de iniciativa na escolha das provas".

Com isso, não poderia o douto *a quo*, só porque os autores requereram o julgamento antecipado da lide, ter acolhido o pedido quando a prova não satisfazia, mormente quando os autores também protestaram pela produção de provas e, especificamente, requereram fosse oficiado ao órgão da Receita Federal para dar informações sobre o patrimônio do Sr. Edilon.

Acrescenta-se a esses fundamentos o comentário do Prof. J. J. Calmon de Passos, na obra citada, p. 146, a cerca do art. 282, VI, do Código de Processo Civil, quando diz:

"Lopes da Costa considerava a indicação genérica, ridícula inutilidade. 'Aboli-la de vez teria sido melhor solução, se preferível não fora, como o é, exigir-se a indicação específica'. Suas palavras valem ainda para o novo Códí-

go, que, embora usando outra expressão, prova e não meios de prova, nada alterou em relação ao passado.

O depoimento pessoal das partes, agora, em face da exigência de conciliação obrigatória, será quase sempre resultado de determinação de ofício, sendo irrelevantes tenham ou não as partes requerido a produção dessa prova, ou simplesmente a indicado com a inicial.

E basta, parece, para se afastar o entendimento de ser necessário especificar a prova com a inicial. Infelizmente, ontem como hoje, só a inócula e irrelevante indicação dos meios de prova é que se exige.

Em face desses fundamentos, o simples protesto dos autores pelos meios de provas na inicial, já daria ao juiz tranqüilidade para não extinguir o processo sem instruí-lo.

É que esta ação tem por objetivo anular os efeitos jurídicos de uma suposta fraude, qual seja, a venda dita ficta da genitora dos autores de uma fazenda denominada "Aparecida", com mais de 200ha, ao Sr. Edilon Sarlo Marily, e deste aos netos da genitora do autor, hoje falecida.

Apontam os autores, como indícios da fraude, as circunstâncias de o comprador não ter condições financeiras para adquirir o imóvel; a genitora nele permanecer até a morte, sendo ali mesmo enterrada; a escritura do imóvel ser feita em outra comarca para não chamar atenção, e só registrada e efetuada a transferência aos menores quase um ano depois.

Os réus, ao se defenderem, especialmente o Sr. Edilon, apresentaram recibos de venda de madeiras extraídas da terra, que poderiam ter comprovado serviços feitos na propriedade (fls. 74/78), mas os autores impugnam esses documentos, dizendo que, pela redação, teriam sido forjados após a propositura desta ação, valendo-se, naturalmente, do fato de que as firmas dos signatários não estarem reconhecidas.

Em todos os recibos, consta a ex-

pressão "para fins de direito e provas legais", indício para os autores da alegada fraude, agravada pela circunstância de que as testemunhas desses pagamentos são as mesmas que constam de um instrumento de procuração datado de 1975, em que o Sr. José Leandro dos Reis autoriza Valdemar José Nogueira a assinar a escritura de um imóvel denominado "Alegria" (fl. 80), em favor do réu, Edilon, ou a quem indicar.

Com isso, fica claro, nos autos, que a prova existente não satisfaz, para afirmar ou negar a existência da simulação, tornando indispensável a produção de outras. Observe-se que os autores, ainda, juntam, na fl. 141, uma nota fiscal de venda de algumas reses de D. Maria Almeida Lacerda para Lídio Almeida Lacerda, representante dos menores, datada de 14.02.85, quando a mesma já havia falecido.

Indispensáveis seriam o ofício na Receita Federal para prestar informações sobre o patrimônio de Edilon Sarlo Marily e sua esposa, depoimento das partes, das testemunhas que foram arroladas, dos subscritores dos documentos de fls. 74/78, além de outras provas que se revelarem pertinentes durante a instrução.

Dá-se, pois, provimento, em parte, ao apelo, para anular a sentença, determinando-se que se faça a instrução do processo.

Salvador, 27 de novembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente. Olny Silva  
– Relatora.

#### LOCAÇÃO. RETOMADA. SUBMISSÃO DO CONTRATO À DENÚNCIA VAZIA. INAPLICABILIDADE DA LEI DE LUVAS. IMPROVIMENTO DO APELO.

*Em se tratando de contrato de locação não-residencial, com vigência primitiva para um ano e prorrogado por tempo indeterminado*

*do, incidem sobre o mesmo os mandamentos do Código Civil (art. 1.195 e seguintes do Código Civil), legitimado o locador a rescindi-lo imotivadamente, desde que seja o locatário previamente notificado, como o foi. Descabimento da tese da incidência da Lei de Luvas e inviabilidade da pretensão do fundo de comércio. Improvimento do apelo com a manutenção das conclusões da sentença, que deu pela procedência da ação e improcedência da reconvenção.*

Ap. Cív. 743/90. Relator: Des. JOSÉ ABREU.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 743/90, de Salvador, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Celina Caló de Andrade e Nasser Augusto Borges.

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia e participantes da Turma Julgadora em negar provimento ao apelo, pelas razões seguintes.

A quem leia o contrato que instrui o pedido vestibular fica a conclusão de que se trata de uma locação não-residencial de uma sala, ocupada pela apelante há mais de 15 anos, sendo o contrato primitivo de um ano prorrogado nos moldes do art. 1.194 do Código Civil. O apelado-locador, ajuizando prévia notificação, fls. 4 *usque* 14, ingressou em juízo com o pedido de retomada, fundado na denúncia vazia. A ré-apelante contestou o pedido e apresentou reconvenção, em que declara que a locação estaria efetivamente regida pelo Código Civil (fl. 20) – estando, também (não se sabe por quê), sob a égide da Lei de Luvas.

Por tais motivos, pede o reconhecimento do seu direito à indenização pelo fundo de comércio, perdas e danos e lucros cessantes, condenado, ainda, o reconvindo nas custas e honorários.

O juiz deu pela procedência da ação e improcedência da reconvenção, acertadamente.

A Lei de Luvas (Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934) estabelece, em seu art. 2º, como condições essenciais para a submissão aos ditames de seus mandamentos:

a – a locação do contrato a renovar seja *por tempo determinado* (grifamos);

b – o prazo mínimo da locação do contrato a renovar deve ser de cinco anos;

c – o arrendatário deve estar na exploração do seu comércio ou indústria, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo ininterrupto de três anos.

São, diz a própria lei, condições essenciais. *In casu*, a locatária não preenche, de logo, a primeira, porque seu contrato é *por tempo indeterminado*. Determinado de início, prorrogou-se por *tempo indeterminado*, consoante assinalação expressa da lei que o regula, Código Civil, art. 1.195. A tese esposada na reconvenção, portanto, não merece sustentáculo jurídico, uma vez que se trata de locação por tempo indeterminado. Incabível a invocação de fundo de comércio e da pretendida soma dos prazos, por ser indeterminado o tempo de duração do contrato. Como diz o festejado mestre Alfredo Buzaid, em seu trabalho sobre o tema “o Decreto 24.150 não pode abranger o contrato antes de sua formação, ou, em outras palavras, não obriga ninguém a contratar contra a sua vontade” (autor citado, grifos nossos, *Da Ação renovatória*, 2. ed., Saraiava, 1981, v.1, p. 264).

Por tais motivos e adotando os argumentos do nobre juiz, o improvimento do apelo se impõe, com a manutenção da parte dispositiva da sentença, em sua integralidade.

Salvador, 4 de setembro de 1990.  
José Abreu – Presidente e Relator.

**MANDADO DE SEGURANÇA.  
ADMISSIBILIDADE DE CITAÇÃO VIA POSTAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INDEFERIMENTO.**

*Sendo o réu comerciante ou industrial, é admissível a citação pelos Correios e, por via de consequência, nada impede que a intimação judicial, de menor importância, também se proceda por via postal.*  
Mand. de Seg. 156/88. Relator:  
Juiz JOSÉ JUSTINO TELES.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 156/88, de Salvador, em que é impetrante Sebastião Ferreira da Silva e impetrada Dra. Juíza de Direito Substituta da 12ª Vara Cível desta comarca.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível, à unanimidade, em denegar o mandado de segurança, pelas razões constantes do voto do seu relator.

**Voto**

Acolho o parecer de fls. 73/74 do procurador de Justiça, porquanto não vejo, *in casu*, a existência de direito líquido e certo em favor do impetrante.

Com efeito, lê-se na inicial de fls. 2/5 do mandado de segurança que o impetrante é comerciante, residente e domiciliado em Barreiras, neste estado.

Conseqüentemente, a sua citação, sem dúvida, poderia ter-se procedido, como se procedeu, pelos Correios, a teor do art. 222 do Código de Processo Civil, que preceitua:

*“A citação pelos Correios só é admissível quando o réu for comerciante ou industrial, domiciliado no Brasil”.*

Da leitura dos autos, deflui que, feita a citação, o impetrante, no prazo de 24 horas, não nomeou bens à penhora nem pagou a dívida, razão por que foi filhada a penhora em bens móveis en-

contrados em um apartamento nesta cidade.

Ao depois, lavrado o respectivo auto, procedeu-se à intimação via carta postal e, em seguida, à remoção dos bens penhorados, em face do impetrante não ter assinado o termo de depósito.

A meu juízo, a decisora impetrada não cometeu nenhum ato lesivo contra o impetrante, pois, se a citação pode proceder-se pelos Correios, nada impede a que a intimação, ato judicial de menor importância, também, se proceda.

A ensejo, é de bom alvitre que se transcreva trecho de acórdão, inserto na *Revista dos Tribunais*, v. 573, p. 157 e 158.

*“Quem me diz quando o réu é domiciliado no Brasil? É o art. 88. Isto quer dizer: se o sujeito for domiciliado no Brasil, a ação pode ser proposta aqui, requerendo-se a citação pelos Correios; e, de mais a mais, a correspondência pode sair de comarca para comarca”* (R. Processo 5/183).

E conclui:

*“Destinatário é o comerciante ou industrial, na pessoa física do comerciante ou na do representante legal”* (R. Processo 5/189). Aliás, essa conclusão se coaduna com a do simpósio de Curitiba, de 1975, quando se proclamou que “o juiz de uma comarca pode ordenar a citação do réu, comerciante e industrial, residente em outra” (TR 482/270).

E a jurisprudência paulista, majoritariamente, caminha nesse sentido: a compreensão do dispositivo encontrou, na decisão recorrida, limitação extraída do art. 200, segundo o qual serão requisitados por carta os atos processuais a serem realizados fora das lindes territoriais da comarca. Assim é, mas se a lei não dispuser de modo contrário, como ocorre no caso. Ademais, já conhecida nos estatutos estaduais, e nas ações alimentícias, bem como na Justiça trabalhista, essa modalidade citatória não sofreria a restrição ora cogitada. E o Código vigente, ao adotá-la, não impõe a limitação, precisamente porque tem a finalidade de facilitar a notificação do procedi-

mento ou chamamento para a defesa (*Julgados* 54/25).

Admite esta modalidade de citação, com juntamento de que também por carta fazem as intimações das partes residentes em outras comarcas, não havendo publicação oficial (art. 237, II, do CPC – *RT* 549/137, rel. juiz Rafael Granato).

Com efeito, para a intimação, ato de menor estatura, embora relevante, a via postal somente é admitida quando domiciliado fora do júzio (*Julgados dos TACív.-SP* 54/25). E se afirmou que não há razão para restringir o art. 222 do Código de Processo Civil, entendendo que se deveria ler que a citação é possível quando o réu é comerciante e domiciliado na comarca, unicamente (*Julgados dos TACív.-SP* 52/67).

Esta Segunda Câmara já decidiu que o “requisito único que o Código colocou para a citação postal foi ser o réu domiciliado no Brasil. Portanto, não se exige seja domiciliado na comarca” (Ac. unân. da 2ª Câm. do 1º TACív.-SP, de 10.12.80, no AT 282.393, rel. juiz Descio Mendes Pereira, *in* Alexandre de Paula, na ob. cit. p. 384 n. 4.290-B).

Segue-se, pois, a última orientação.

“Dá-se, pois, provimento ao agravo de instrumento, deferindo a citação pelos Correios, requerida pela autora da ré, com domicílio em Goiânia”.

Demais disso, a remoção de bens penhorados não constitui, de forma alguma, qualquer ilegalidade. Ao contrário, tem a chancela do art. 666 e seus incisos do Código de Processo Civil, que prescreve:

“Se o credor não concordar em que fique como depositário o devedor, depositar-se-ão:

I – no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal, ou em um banco, de que o Estado-membro da União possua mais da metade do capital social integralizado; ou, em falta de tais estabelecimentos de crédito, ou agências suas no lugar, em qualquer estabelecimento

de crédito, designado pelo juiz, as quantias em dinheiro, as pedras e os metais preciosos, bem como os papéis de crédito;

II – em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos;

III – em mãos de depositário particular, os demais bens, na forma prescrita na Subseção V deste Capítulo”.

Doutra sorte, como muito bem salientou o litisconsorte necessário, na sua petição de fls. 26/32, o comparecimento espontâneo do impetrante para opor embargos à execução, nos termos do § 1º do art. 214 do Código de Processo Civil, sanou qualquer nulidade porventura existente.

Doutro lado, o ato da juíza impetrada não causou nenhum prejuízo ao impetrante, razão por que, em face do princípio jurídico *pas des nullité sans grief*, não se deve, em absoluto, declarar-se qualquer nulidade.

Por tudo quanto foi exposto, o meu voto tem por objetivo manter a decisão da juíza impetrada e denegar o writ à vista da falta de evidenciação de direito líquido e certo.

Salvador, 9 de outubro de 1990.  
Manuel Pereira – Presidente. José Justino Teles – Relator.

#### PRAZO RECURSAL. INÍCIO. PUBLICAÇÃO. INTIMAÇÃO.

Continua em vigor a súmula 310 do Supremo Tribunal Federal: publicado o despacho, considera-se feita a intimação nesse dia, mas o prazo só começa a correr do primeiro dia útil seguinte. Realizada a publicação, com efeito de intimação no sábado, inicia-se o prazo recursal na segunda-feira.

Embs. de Decl. 873/89. Relator:  
Des. OSMAR OLIVEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os embargos de declaração nestes autos de apelação cível 873/89, de Salvador, em que é embargante José Antonio de Carvalho Correia Lima.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência, em rejeitar os embargos.

Insurge-se o embargante contra o acórdão que deu pela intempestividade do recurso, com o fundamento que o início do prazo seria na terça-feira e não na segunda-feira, em razão da sentença ter sido publicada no Diário Oficial de sábado e domingo.

Desassiste-lhe razão:

“... reza o art. 184, § 2º, do Código de Processo Civil que os prazos somente começam a correr a partir do primeiro dia útil após a intimação. Se a intimação é feita no sábado, no domingo ou em dia feriado, a contagem inicia-se na segunda-feira ou no dia útil subsequente.

Sustenta uma corrente que, feita a intimação num daqueles dias, deve-se considerá-la feita no dia útil seguinte, iniciando-se a contagem do prazo no dia útil ainda posterior. Assim, por exemplo, feita a intimação no sábado, o prazo se iniciaria na terça-feira seguinte.

Essa interpretação, a pretexto de mais liberal, atenta contra os termos expressos da lei. Se a intimação não recai em dia útil, tutela-se a parte, contando-se o prazo somente do dia útil seguinte. Não se justifica, no entanto, por mera ficção, que em tal caso se repute efetivada a intimação no dia útil subsequente para iniciar-se a contagem do prazo no dia ainda posterior” (Ac. do TA-SP, rel.-juiz Carlos Antonio Antonini, *in Rev. dos Tribs.*, v. 567, p. 127).

Nessa esteira de entendimento, encontra-se o excelso pretório acompanhado por inúmeros tribunais do País.

“Publicada no órgão oficial, no sábado, uma decisão judicial, o prazo do recurso conta-se a partir de segunda-feira, se dia útil” (Ac. do STF, rel.-min. Oscar Corrêa, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v.

115, p. 486).

“O *dies a quo* para a contagem do prazo para a apelação de sentença, cuja publicação foi feita num sábado, é a segunda-feira, primeiro dia útil, e não a terça-feira” (Ac. do TJ-RJ, rel.-des. Francisco Faria, *in Adcoas* 102.636, 1985).

“Se a publicação com efeito de intimação se efetiva no sábado, o prazo para interposição do recurso cabível começa a fluir na segunda-feira subsequente, desde que seja dia útil” (Ac. do TJ-MG, rel.-des. Ayrton Maia, *in Rev. Trim. Jurisp.*, v. 35, p. 233).

Por tais fundamentos, rejeitam-se os embargos.

Salvador, 23 de outubro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente e Relator.

**REINTEGRAÇÃO POSSESSÓRIA. INCOMPLETA APRECIAÇÃO DA PROVA. NÃO-COMPRAÇÃO DOS REQUISITOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 927. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

*Nas ações possessórias, a prova produzida há de ser apreciada no seu conjunto, confrontados os demais dados informativos com os dos depoimentos. Ademais, para a efetivação da proteção possessória liminarmente concedida, impende estejam inequivocamente reunidos os requisitos previstos na norma legal específica (CPC – 927).*

Ap. Cfv. 892/90. Relator. Juiz BENITO DE FIGUEIREDO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível 892/90, de Jequié, em que Argeu Cavalcante Santos é apelante e Raymunda da Silva Maynart, apelada.

Acordam, sem discrepância, os desembargadores componentes da Turma

Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, em dar provimento à apelação.

Efetivamente, ao decidir, a meritíssima julgadora não levou em consideração todos os dados probatórios produzidos, deixando de avaliá-los no seu conjunto, havendo mesmo declarado expressamente a desnecessidade de se analisarem os “documentos de aquisição do terreno, pois a posse é fato que pode ser provado, inclusive com testemunhas” (*id.*, à fl. 102). Desprezou também os informes dos laudos periciais, com especial referência ao de fls. 74/75 – por sinal, do próprio perito –, “pois tal laudo apenas se limita a repetir a área constante de tal documento, ao responder o 1º quesito do juiz” (*verbis, ib.*).

Destarte, transcrevendo trechos soltos dos depoimentos das três testemunhas da apelada e do de uma da parte adversa (cf. às fls. 101/102), bem como referindo-se a certa afirmação contida na resposta, em pontos, pois que lhe pareceram fundamentais para a formação do seu convencimento, a doutora juíza julgou procedente a ação, concluindo pela comprovação da posse da autora sobre a área litigiosa e do esbulho praticado pelo réu, dando como presentes os requisitos do Código de Processo Civil – 927, invocando também a norma do Código Civil – 499, na fundamentação jurídica da decisão.

Todavia, a decisão recorrida está a merecer reparos, tendo-se que, consante sustentado nas razões do apelo, a prova não foi apreciada no seu todo, tal como, aliás, deixaram evidenciados os destaques feitos no item anterior, embora seja certo, conforme decidiu o egrégio TA-PR, que:

“Nas decisões das ações possessórias é necessário fazer um confronto entre a prova testemunhal e os demais elementos de convicção existentes nos autos, sob pena de se ser levado à conclusão não afinada com a verdade dos fatos” (RT – 598/216).

Evidentemente, se no processo de ação possessória, partindo-se do princípio elementar de que a posse sendo fato,

para a sua comprovação e a definição do *decisum*, a prova testemunhal seria o suficiente, não haveria lugar para a junta de documentos – e, assim, sempre resultaria inaplicável a primeira parte do Código de Processo Civil – 928 – nem necessidade da produção de prova pericial.

Nesse passo, evidentemente, não teria cabimento adentrar-se o tormentoso problema da natureza jurídica da posse. Todavia, aproveitam-se no caso as colocações constantes da ementa transcrita em seguida:

“Possessória. Poder de fato. Prova. Nas ações possessórias, em que o fato assume relevância especial – porque posse é, antes de tudo, poder de fato –, está o autor com o dever de produzir prova robusta sobre suas alegações, dela sendo destinatário o juiz. Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. E formar, portanto, a convicção do juiz é a finalidade da prova, havendo, inevitavelmente, de prosperar a ação se o postulante logrou provar que tinha a posse; que sobre ela se verificou a turbação; que o réu é responsável por esse ato; que essa turbação date de menos de ano e dia; e, finalmente, que ele, autor, continuou na posse, conquanto turbada” (egrégio TJ-BA 4ª Câm. Cív. – ap. 592 – Irará, ac. unân. de 29.10.85 – rel.-des. Paulo Furtado – ADCOAS/1080430).

Tanto mais que, no caso, é discutível a ocorrência dos requisitos indispensáveis, inclusive se a apelada sempre manteve vínculo possessório exclusivo sobre toda a área em litígio, tal como se pode avaliar através da leitura dos depoimentos (v., em esp., às fls. 89, v. – als 15/20, 1<sup>a</sup> test. da A.; às fls. 90, anv. – als. 13/18, 2<sup>a</sup> test. da A.; às fls. 90, v. – als. 16/19, 3<sup>a</sup> test. da A.; às fls. 90, v. – als. 10/15, 1<sup>a</sup> test. do R.; às fls. 90, v. – als. 7/10, 2<sup>a</sup> test. do R.).

“Ação possessória. Requisitos. Para satisfazer aos requisitos exigidos, compete ao autor fazer a descrição do imóvel e a indicação da área objeto da turbação, isto porque nos interditos possessórios é indispensável descrever a

área onde se mantinha posse exclusiva, pois a contenda gira em torno do poder de fato, que se reveste a exteriorização da propriedade" (egrégio TA-MG, 3ª Câm., v.u., de 09.02.88 – ADV/COAD – 38375).

Da leitura dos trechos destacados, também se depreende que não se restou comprovada a efetivação do esbulho, nem se tendo precisado a data de sua ocorrência, quando, pelo contrário, os depoimentos das próprias testemunhas da apelada infirmam a alegação contida na inicial, onde se projeta o esbulho para a segunda quinzena de setembro/87 (cf. à fl. 2, item 2), quando, em depoimentos tomados em 04.03.90, declarou-se que o esbulho fora praticado "recentemente" ou "há um ano aproximadamente" (cf. às fls. 90, v./al. 16, 2ª test. da a.; ib., als. 10/11 do depoimento da 1ª test. do R.).

De igual modo, a perícia não constatou a existência de sinais de turbação possessória alegada (cf. à fl. 67, resp. aos quesitos 1º e 2º), e do testemunho colhido, conforme os destaques lidos antes, não se chega a qualquer conclusão quanto à área dita turbada, ou, até, se efetivamente ocorreu o esbulho.

"Na ação de reintegração de posse não basta ao autor demonstrar seu direito à posse, mas a própria posse de que foi esbulhado" (egrégio TJ-SP – RT 540/115).

Também já foi objeto de destaque a circunstância de a doutora juíza não haver apreciado os dados documentais e os da perícia, por não considerá-los valiosos na formação do seu convencimento acerca do *thema decidendum*.

No entanto, o laudo elaborado pelo próprio perito (cf. às fls. 67/69), inimputado, baseando-se em dados constantes de escrituras devidamente registradas (cf. às fls. 7/11 e 41/43), precisa as áreas pertencentes a cada uma das partes (cf. à fl. 68, respostas aos 4º e 5º quesitos). Destarte, além de buscar respaldo documental em suas conclusões, com o que se apresenta justificado, o laudo, também, está em consonância com os informes testemunhais, permi-

tindo a conclusão de que também o réu tem exercício possessório em parte da área litigiosa.

De qualquer modo, consoante decidiu o egrégio TJ-MS, com aplicação alternativa, se houvesse de ser o caso:

"Sendo discutível a linha divisória dos imóveis, em face de mapas diferentes, e não tendo a perícia conseguido esclarecer de modo satisfatório o ponto do esbulho, as partes devem resolver o conflito por ação adequada no juízo petitório" (RT 609 205).

Por último, circunstância de relevância, e até porque indiscutida nos autos, está a de o apelante haver, há mais de sete anos, feito aberturas de sua casa para a área litigiosa, não tendo a apelada por todo esse tempo levantado qualquer oposição, isso permitindo concluir-se pela legitimação do exercício possessório do apelante, pelo menos na área de um metro e meio adjacente à sua residência, como também se reveste de legitimidade o seu *animus possidendi* sobre a área declarada no título dominial e contra o qual não se opõe vínculo de qualquer natureza, até porque:

"Na demanda possessória, a matéria de fato assume relevo, perdendo-o a prova do domínio. Os interditos possessórios integram os sistemas de proteção da posse, de tal sorte que a eles somente podem recorrer os possuidores quando esbulhados, turbados ou ameaçados no exercício do direito de posse. A só prova do domínio não induz necessariamente à procedência de ação dessa natureza; é indispensável a comprovação da posse. Mas, se ainda assim ambos os litigantes se afirmam possuidores, deve manter-se posse do detentor, verificado que a origem da posse não está comprometida por vínculo algum" (egrégio TJ-BA 1ª Câm. Cív. – ap. 850/83 – Riachão do Jacuípe, ac. unân. de 04.04.84 – rel.-des. Paulo Furtado – ADCOAS/109557).

Por tais considerações, dá-se provimento ao apelo, para desconstituir-se a decisão recorrida, não revertido o

ônus da sucumbência em razão da concessão de gratuidade à autora-apelada.

Salvador, 2 de outubro de 1990.  
Wilde Lima – Presidente. Benito de Figueiredo – Relator.

**REPARAÇÃO DE DANO. LEGITIMIDADE ATIVA. PROVA DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO DANIFICADO. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AGRAVO PROVIDO.**

O documento comprobatório de propriedade do veículo danificado é indispensável para configurar-se a legitimidade *ad causam* daquele que propõe a ação de indenização decorrente de ato ilícito, porquanto, sendo ele o credor a quem deve ser efetuado o pagamento, no caso de procedência da ação, o acionado deve estar seguro da titularidade de seu direito.

Ap. Cív. 536/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 536/90, de Itabuna, nos quais figuram como apelante José Alves Barbosa e, como apelado, Marcos Maron.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da turma Julgadora, em dar provimento ao agravo retido de fls. 51/53 para considerar o autor parte ilegítima e extinguir o processo sem julgamento do mérito, *ex vi* do inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil, pelas razões expostas no voto da relatora.

### Voto

Trata-se de ação de reparação de dano decorrente de acidente de veículo,

ocorrido em 21 de julho de 1988, na BR-415, Ibicaraí – Itabuna.

O autor instruiu a petição inicial com o Boletim de Ocorrência, do qual constam as características dos veículos, os nomes dos proprietários, a descrição do acidente e o orçamento fornecido pela Fonape, vendedora autorizada Volkswagen.

O réu, ao contestar a ação, argüiu preliminar relativa à ausência de documentos essenciais à propositura da ação: prova de propriedade do veículo, carteira de habilitação e mais de um orçamento para avaliação real do prejuízo. O primeiro documento relativo à legitimidade.

O juiz *a quo*, no despacho de fl. 43, rejeitou as preliminares, detendo-se sobre a análise da legitimidade da parte autora, que entendeu comprovada pelos dados pertinentes à propriedade do veículo, consignados na ocorrência lavrada pela Polícia Rodoviária.

Contra esse despacho, o réu interpôs agravo retido, dizendo que o documento não supre a prova de propriedade, tanto quanto não supre o registro de nascimento a declaração de pessoa idônea sobre a filiação de qualquer pessoa.

Tem razão o agravante, não se comprova propriedade de veículo automotor com a declaração do policial que lavrou a ocorrência, mas, sim, com o registro do veículo ou a declaração de venda.

No caso, nenhuma justificativa apresentou o autor para não apresentar os documentos do carro, imprescindíveis para a comprovação de sua legitimidade, porquanto, só aquele que sofre, realmente, o dano é que pode exigir a respectiva reparação.

Além disso, o acionado tem direito de exigir essa prova, em ação de indenização porque, quando se trata de obrigação mesmo decorrente de ato ilícito, de acordo com o art. 934 do Código Civil,

“o pagamento deve ser feito ao credor, sob pena de só valer depois de por ele ratificado”.

Esta Câmara, ao julgar a apelação cível 158/85, de Salvador, firmou o entendimento de que, mesmo em se tratando da matéria de fato, a certidão da ocorrência não possui valor absoluto no sentido de possibilitar o julgamento antecipado.

Evidente que, em se tratando de matéria de direito como é a legitimidade *ad causam*, menor será o seu valor probante.

Explícito sobre a necessidade de o autor comprovar a propriedade do bem para exigir a reparação do dano é o acórdão desta Segunda Câmara proferido na apelação cível 723/86, da lavra do eminentíssimo desembargador José Abreu, nos seguintes termos:

"Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, segundo o artigo 3º da Lei Processual Civil: de outro lado, o art. 267, VI, do mesmo estatuto, registra que se extingue o processo, sem julgamento do mérito,

'quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual'.

Ajuizando a ação como proprietário do bem danificado e tendo sua legitimidade contestada pelo acionado, por argüir que lhe faltaria exatamente a condição invocada de proprietário do bem que sofrera os danos, a tese foi repelida pelo meritíssimo juiz e seu entendimento sofreu agravo, ora relembrado. Acolhe-se nesta instância a argüição, dando-se provimento ao agravo para considerar o apelado agravado parte ilegítima *ad causam*, carecedor, assim, da ação proposta que é julgada extinta, sem desate do mérito, de acordo com o art. 267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez que o próprio demandado confessa que não é proprietário do bem e porque não juntou documento que se comprometera a anexar aos autos".

Embora o caso em exame não seja idêntico, pois, aqui, o contestante não afirmou faltar a condição de proprietário do carro ao autor, mas, apenas, que não comprovara essa condição, certo é que a prova de propriedade do vésculo é

essencial, inclui-se dentre os documentos indispensáveis à propositura da ação, não podendo ser surpreendida pela certidão da ocorrência.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo retido e, considerando a inexistência de uma das condições da ação, decreta-se a sua extinção, *ex vi* do inc. VI do art. 267 do Código de Processo Civil, sem julgamento do mérito.

Condena-se o autor ao pagamento das custas e dos honorários de advogado em 10% do valor da causa.

Salvador, 4 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente. Olny Silva – Relatora.

**RETOMADA. IMÓVEL NÃO-RESIDENCIAL. DENÚNCIA VAZIA. PEDIDO FORMULADO POR CONDÔMINOS. LEGITIMIDADE. BENFEITORIAS NÃO-CONSENTIDAS. AUSSÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.**

O locatário não pode discutir a legitimidade *ad causam* dos proprietários do imóvel em condomínio para a propositura da retomada, pois a circunstância de estarem ou não presentes todos os condôminos no polo ativo da ação em nada o beneficia. Se ajustou a locação com um deles e este comparece em julzo acompanhado dos demais, a circunstância reforça a legitimidade da pretensão, pois demonstra a concordância unânime dos proprietários, quanto à retomada. Benfeitorias não-consentidas não são indenizáveis, pelo que se infere do art. 26 da Lei 6.649/79. Recurso improvido.

Ap. Cív. 369/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação cível 369/90, de Ca-choeira, nos quais figuram como ape- lante Hildebrando de Lima Casaes e, como apelados, Reginaldo Mascarenhas Bittencourt e outros.

Acordam, unanimemente, os de- sembargadores da Segunda Câmara Cí- vel do Tribunal de Justiça da Bahia, em rejeitar a preliminar de nulidade da sen- tença para, no mérito, negar provimento ao recurso, pelas razões seguintes.

Pelo que se deduz do relatório, vencido na ação de despejo, contra ele intentada por Zilla Mascarenhas Bitten- court e outros, Hildebrando Lima Ca- saes argüiu, preliminarmente, a nulidade da sentença por dois motivos: não fora decidida a argüida ilegitimidade *ad causam* e não se determinara a realização de perícia para constatar-se benfeitorias que teria realizado no imóvel. No mérito, reiterou a necessidade da apuração de benfeitorias indenizáveis que lhe da- rião direito à retenção do imóvel; como não houve a vistoria que para isto era necessária, houvera cerceamento de defesa.

Do exposto, verifica-se que o ape- lante, no recurso, pleiteia apenas a nulida- dade da sentença para que, retornando o processo ao juízo de origem, o juiz pro- fira saneador, determine perícia e possa ele, comprovadas que sejam as benfei- torias que realizou, receber a indeniza- ção correspondente.

Como preliminar, todavia, argüiu a nulidade da sentença, também, porque, não tendo sido proferido saneador, não se apreciara, no ensejo próprio, a argüida ilegitimidade de parte. Tal arguição decorreu do fato de ter contratado ver- balmente a locação com Zilla Bitten- court e não com os outros autores da ação. Como a relação contratual se es- tabeleceu entre a locadora e o contestan- te-locatário, inexiste legitimidade *ad causam* dos demais.

A legitimidade *ad causam* pode ser apreciada na sentença, porque, se o sa- neador a apreciou, mesmo assim a ma- teria não preclui. É a lição da jurispru- dência.

"No que diz com a legitimidade para a causa, ativa ou passiva, isso constitui matéria que não preclui, quando reconhecida positivamente e a qualquer mo- mento, e até na sentença pode e deve o magistrado reexaminá-la, haja ou não sido interposto recurso de agravo do sa- neador" (Ac. unân. da 4<sup>a</sup> Câm. do TJ-RS de 12.05.76 no agr. 25.925 - rel.-des. Herman Roenich - *Rev. de Jurispr. do TJ-RS*, v. 57, p. 197).

"A oportunidade sempre presente da apreciação da legitimidade *ad cau- sam*, como matéria de ordem pública, não se acoberta pelo pretenso efeito preclusivo de um saneador irrecorrido. É certo que, segundo o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, o simples juízo de admissibilidade da ação, emitido ao ensejo do saneador, limita-se à legitimidade *ad processum*, de modo a deixar em aberto, para o exame poste- rior quando da sentença, no confronto das provas que se produzirem no curso da instrução, a questão pertinente à le- gitimidade *ad causam*, pois esta, no mais dos casos, envolve o próprio mérito da lide, e que, desse modo, não estará co- berta pela preclusão emergente do sa- neador irrecorrido" (Ac. do 3<sup>o</sup> gr. de Cáms. do 1<sup>o</sup> TACív.-SP, rel.-juiz Yus- sef SaidCahali, *ADCOAS*, 70.167, 1980).

Se assim é, tratando-se, como se trata, de retomada por denúncia vazia, para apreciar essa legitimidade o sanea- dor era dispensável. Na sentença, a juíza deteve-se sobre o assunto, dizendo:

"Considerando que os autores são todos proprietários do bem, visto que o receberam por herança, conforme demonstra o formal de partilha, e tendo em vista que o contrato locatício foi verbal, não ficando evidenciado que te- nha sido somente a primeira requerente a locadora do prédio *sub judice*, não se pode declarar os demais autores como parte ilegítima na presente ação".

Decidiu, corretamente, porquanto, em se tratando de imóvel em condomí- nio, se comprovado estivesse que fora Zilla Bittencourt que acordara a locação

verbal, mesmo assim, os demais condôminos estariam pleiteando direito próprio, a teor do art. 6º do Código de Processo Civil, e seriam litisconsortes ativos facultativos com interesse evidente no pleito que visa a retomada.

De acordo com o art. 640 do Código de Processo Civil,

"o condômino que administrar sem oposição dos outros, presume-se mandatário comum".

Isto significa que, se um dos condôminos aluga o bem e os outros não se opõem é porque o locador tem o mandato tácito dos outros, ou seja, os representa. Zela pelos interesses deles, torna rentável o bem comum.

Quanto à pleiteada indenização de benfeitorias, inexiste consentimento por escrito da locadora ou dos locadores (qualquer dos condôminos) para a sua realização. Na réplica à contestação, os autores salientam uma circunstância interessante que vem demonstrar a fragilidade da pretensão do réu-apelante. Ele afirmou que Zilla Bittencourt seria a única locadora do imóvel, mas, ao pleitear a indenização das benfeitorias e justificar que teriam sido consentidas, disse que recebeu autorização dos autores, Omar e Laís, presentes ao desenrolar das obras, todavia nega a relação locatícia com eles. Laís é condômina, conforme se pode ver à fl. 23.

Por outro lado, o art. 26 da Lei 6.649/79 é claro quando diz não ser lícito ao locatário reter o imóvel alugado a não ser no caso de benfeitorias necessárias ou úteis, se estas

"houverem sido feitas com consentimento por escrito, do locador".

Inexiste essa prova. Em consequência, nada há que possa ser indenizado pelos autores-apelados ao réu-apelante. Desnecessária, portanto, a perícia ou vistoria que o saneador determinaria.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade da sentença. Confundindo-se o mérito com a preliminar, reconhece-se a inexistência de cerceamento de defesa e nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 4 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira - Presidente. Olny Silva  
- Relatora.

#### REVISÃO DE ALUGUEL. OBJETIVOS.

Inexiste qualquer inviabilidade entre os reajustes determinados por lei e a ação revisional, uma vez que esta última objetiva ajustar os locatários ao valor do mercado, cotejando-se, nesse *desideratum*, as peculiaridades do imóvel objeto da revisão, tarefa esta inteiramente diversificada dos critérios atendidos para um reajuste monetário. Correta interpretação do art. 14 da Lei 7.730/89 e inexistência da nulidade argüida pelo apelante, por não se detectar julgamento *extra ou ultra petita*, senão a correta aplicação, pelo juiz, dos corretivos, por se tratar de dívida de valor, minimizando-se a incidência inflacionária. Improvimento do apelo.

Ap. Cív. 758/90. Relator: Des. JOSÉ ABREU.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 758/90, de Salvador, em que figuram como apelante e apelada, respectivamente, José Libério Santos Camacho e Salua Borges Sahad.

Acordam, por entendimento unânime, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia e participantes da Turma Julgadora em negar provimento à apelação, reconhecida a validade da sentença e afastada a pretendida nulidade do *decisum*, que é absolutamente coerente com o pedido, não o extrapolando, meramente preservando e corrigindo o conteúdo da condenação, por se tratar de dívida de valor.

Assim se decide porque a sentença

ora revista é peça que enobrece seu prolator, juiz reconhecidamente operoso, culto e inteligente, endossados os argumentos em que o *decisum* se fundamenta, todos afinados com os rumos da melhor doutrina e que absolutamente não comportam censura, merecendo, ao revés, confirmação. A douta sentença, assim, no que concerne aos argumentos jurídicos, em que repousa, passa a integrar esta decisão.

*Data venia* do nobre, culto e combativo advogado apelante, não merece endosso a tese que sustenta, ao alegar uma nulidade que não merece, sequer, um preliminar enfoque, como manda a boa técnica, mesclada com o próprio mérito da lide. A sentença merece ser subscrita pela sua forma e pela substância, não havendo qualquer deslize, quer quanto a uma possível interpretação errônea do art. 14 da Lei 7.730/89, quer no que respeita a uma decisão além do pedido. Registre-se, em primeiro lugar, que há perfeita compatibilidade entre os reajustes determinados pela lei e a revisão dos locativos, uma que aqueles levam em conta a realidade inflacionária e estes têm como precíprios objetivos os de amoldar os aluguéis à realidade do mercado e seus respectivos valores, tarefas que não se contradizem e que podem, evidentemente, subsistir. Foi o que fez, aliás, o eminentíssimo juiz sentenciante em sua decisão, que nenhum reparo merece, *data venia*. Esta missão, reservada à ação revisional, tem merecido o respaldo da jurisprudência de nossos tribunais, inclusive o baiano, como se evidencia da ementa de um acórdão da egrégia Quarta Câmara Cível, da lavra do ilustre desembargador Robério Braga, de onde se extrai esta afirmação:

"Revisão de aluguel. Prova pericial refletindo com propriedade a realidade dos autos. Ajustamento do aluguel ao preço do mercado.

... Se a prova pericial restou no processo como único elemento relevante e eficaz para o arbitramento do novo aluguel, refletindo com propriedade a realidade dos autos, correta é a sentença

que julgou procedente a ação e improcedente a reconvenção. Apelo improvido" (cfr. *Ementário de Jurisprudência. Coletânea jurisprudencial* 10, 1989, p.40, ap. cív. 304/88, rel.-des. Robério Braga - 4<sup>a</sup> Câm. Cív.).

Essa a preocupação fundamental da pretensão revisional, ou seja, o ajuste do preço da locação à realidade do mercado. No caso *sub judice*, trata-se de imóvel residencial, situado em bairro valorizado, Rio Vermelho, localizado na Rua Osvaldo Cruz, edifício do mesmo nome, apartamento 101, postulando o autor, ora apelado, uma majoração para NCz\$500,00. O laudo é unânime, subscrito pelo assistente do réu-apelante, arbitrando o valor de NCz\$492,00, para vigorar mensalmente. Não houve, assim, qualquer extração do pedido, postulando o autor, como vimos, NCz\$500,00 e obtendo pouco menos. Não há, outrossim, nenhum deslize de juiz, no que fez retroagir até o dia da elaboração do laudo, respaldada essa fixação na boa doutrina, que cita, em sua sentença, fl. 58. Mantida fica, assim, a respeitável decisão, inclusive no que se refere aos reajustes semestrais e ao parcelamento dos locatícios atrasados. A sucumbência, debitada ao apelante, seria uma consequência da procedência do pedido. Não há, assim, o que reparar, motivo por que se nega provimento ao apelo.

Salvador, 4 de setembro de 1990.  
José Abreu - Presidente e Relator.

#### SENTENÇA. NULIDADE. AÇÕES CONEXAS.

É nula a sentença que não contém os requisitos essenciais do art. 458 do Código de Processo Civil, quando não se trata de mera extinção do processo. Havendo ações conexas, embora uma delas alcançasse o objetivo preliminar, resta o deslinde da outra que visa, exatamente, elidi-lo, anulando o tí-

*tulo de domínio, que serve de apoio à outra pretensão (imissão de posse). Recurso provido.*

Ap. Cív. 330/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 330/90, de Salvador, em que figuram como apelante Raymundo Gabriel Dantas e como apelada a Tradição S.A.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em dar provimento ao apelo para anular o processo a partir da fl. 50 da ação anulatória e da fl. 130 da ação de imissão de posse.

Conforme consta do relatório, Raymundo Gabriel Dantas propôs ação anulatória de execução extrajudicial contra a Tradição S.A., visando manter-se na posse do apartamento que adquirira mediante financiamento e respectiva hipoteca; por sua vez, a Tradição S.A., agente financeiro vinculado ao BNH, munida de carta de arrematação, obtida com base do Dec.-lei 70/66, promoveu ação de imissão de posse contra Raymundo Gabriel Dantas e sua mulher, visando a posse do mesmo bem que arrematara. A primeira ação corria em uma das varas de Assistência Judiciária e a segunda, na Sétima Vara Cível.

A ação de imissão de posse foi remetida a uma das varas de Assistência Judiciária, graças ao deferimento de mandado de segurança impetrado pelo autor da ação anulatória, pois este é beneficiário da Justiça gratuita; encaminhada à Quarta Vara de Assistência Judiciária, onde repousava esquecida a ação anulatória, desde 7 de dezembro de 1979, os autos foram reunidos. Reativa da a anulatória, o autor foi convocado para falar sobre a contestação, em 10 de janeiro de 1989, e atendeu, manifestando-se sobre as preliminares e desenvolvendo argumentos no sentido de demonstrar a procedência da anulatória.

Evidente que, sendo a ação anulatória de rito ordinário, cumpria ao juiz sanear o processo ou, se não houvesse necessidade de provas em audiência (inc. I do art. 330 do Código de Processo Civil), anunciar o julgamento antecipado da lide.

Sem qualquer justificativa, pois o deferimento do mandado de segurança e a remessa dos autos à Vara de Assistência Judiciária exigiam exame da matéria pertinente à imissão liminar da Tradição S.A. no imóvel, conforme se depreende do ofício de fl. 72 e dos documentos que a instruem, o juiz da Quarta Vara de Assistência Judiciária deferiu a imissão e, após a sua execução, extinguiu o processo.

A razão está com os apelantes, quanto à nulidade do processo a partir da fl. 50 dos autos da anulatória. Suspensa a imissão de posse por força da liminar concedida no mandado de segurança 100/79, ao juiz cabia prosseguir de forma prevista nos arts. 328 a 331 do Código de Processo Civil, que regulam o procedimento comum ordinário, e não dar prosseguimento à imissão de posse em detrimento do apelante. Este, na verdade, sequer foi intimado a demitir-se da posse, conforme se vê do mandado de imissão de fl. 130, circunstância que o habilitaria a tomar as providências cabíveis junto ao seu advogado.

Considerando que a imissão de posse foi procedida sem as formalidades legais e desatendendo ordem expressa do saudoso relator do mandado de segurança 100/79, desembargador Omar Carvalho, não poderá prevalecer.

A sentença que poderia ser proferida, em seguida, seria capaz de sanar a nulidade. Mas, cingiu-se, apenas, a extinguir o processo, deixando pendente de decisão todas as questões nele suscitadas e validando, sem qualquer fundamentação, aquele ato.

Anula-se, portanto, o processo a partir da fl. 50 dos autos da ação anulatória, e 130 dos autos da imissão de posse, a fim de dar-se-lhe o curso previsto para o procedimento ordinário, provendo-se, assim, o recurso. Anulada,

também, a imissão de posse, voltará o imóvel à posse do seu antigo ocupante, que o oficial de justiça, no auto de fl. 131, sequer identificou.

Salvador, 4 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente. Olny Silva  
– Relatora.

#### *SERVIDÃO DE TRÂNSITO. INEXISTÊNCIA.*

*Quando, embora permanente, o trânsito por uma estrada particular beneficia várias propriedades, não se pode falar de servidão em favor de um prédio. A existência de estrada municipal, que permite o acesso a todas, exclui também a possibilidade de caracterizar-se a situação como de passagem forçada. Recurso improvido.*

Ap. Cív. 560/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 560/90, de Vitoria da Conquista, nos quais figuram como apelante Edvaldo Correia da Silva e apelados Zózimo Vieira Rocha e outros.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em negar provimento ao recurso, pelas razões expostas no voto da relatora.

#### **Voto**

Eduardo Correia da Silva, proprietário do imóvel rural Bebedouro ou Baixa dos Taquaras, afirmado a existência de antiga servidão de passagem sobre uma estrada que divide a sua propriedade da fazenda dos seus vizinhos, Vinebaldo Rocha de Almeida, Zózimo Rocha de Almeida, Juracy Rocha de Almeida e Valda Rocha de Almeida,

contra estes propôs ação de manutenção de posse, visando proibir a colocação por eles de uma cancela que impede o acesso de veículos à dita estrada, por onde, segundo alega, escoa-se a produção da Fazenda Bebedouro.

Embora tivesse obtido o deferimento liminar da pretensão, no final, o autor não obteve êxito e apelou da sentença.

O recurso é tempestivo, porquanto a sentença foi publicada na audiência do dia 18 de setembro de 1989, mas, só em 12 de janeiro deste ano expediu-se carta intimatória ao advogado Marco Antonio Cavalcante Brito, com aviso de recebimento, que veio aos autos após o ingresso do apelo em juízo.

No recurso, depois de relatar novamente os fatos que deram origem ao litígio, o apelante insiste em afirmar constituir a mudança da cancela, estreitando a passagem de uma fazenda para outra, um ato de violência de seus vizinhos sobre a posse mansa e pacífica da servidão de passagem da qual desfruta há longos anos. O ato acarreta-lhe sério prejuízo, traduz a intenção dolosa de molestar e põe em risco sua própria vida.

Invocou a prova colhida nos autos para pedir a reforma da sentença, que não reconheceu a servidão e, ao ver do apelante, não possui sustentáculo legal.

A apelante referiu-se às provas dos autos como principal suporte da sua pretensão de reformar-se a sentença. Todavia, na referência genérica, não chegou a destacar aquela que mais o favorecia. Em se tratando de ação possessória, como retrata, a prova mais significativa seria a pericial, mas não foi realizada.

A juíza, todavia, ao dar início a instrução, realizou inspeção na área, registrando o que foi observado, conforme consta do auto de fl. 95. Verificou a existência de estrada municipal que dá acesso à propriedade do autor, operando a outra estrada como verdadeiro atalho, ou seja, diminuindo o percurso em 1.600 metros.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pelo autor, constantes de fls. 33/38, informam, apenas, a troca da cancela larga pela estreita, que impediu a passagem de veículos pela estrada da fazenda dos réus, a ameaça destes ao autor e o aumento do percurso em alguns quilômetros.

Todas as testemunhas, entretanto, referem-se à outra estrada que a juíza identificou na inspeção como estrada municipal e o documento de fl. 64 atesta existir entre a sede do município de Barra do Choça e o Km-21 da BR-161, passando pelas fazendas de João Italianno, Jósio Pereira, Gileno Andrade, Gilberto Quadros, Eduardo Correia Silva, herdeiros de Celso Alves, Joana Vieira Rocha e outros.

As testemunhas arroladas pelo réu-apelado, por sua vez, embora afirmassem conhecer a referida estrada aberta ao trânsito de pedestres e de animais há mais de 20 anos, conhecem a estrada oficial, bem-cuidada e de acesso fácil para o autor e para toda a população do lugar, inclusive porque a outra era ruim.

Ora, a circunstância de ter sido usada uma estrada por pedestres e animais por longos anos não é capaz de gerar servidão entre um prédio e outro. A servidão, conforme diz o art. 696 do Código Civil, não se presume. Mas, se é contínua a sua posse por 10 ou 15 anos, poderá vir a ser objeto de usucapião (art. 698 do CC).

Existe, também, a Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual,

"servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória".

À primeira vista, tais princípios poderiam vir em socorro da pretensão do apelante. Tal não ocorre porque o trânsito pela estrada, embora permanente, não resulta em benefício exclusivo da propriedade rústica do autor-apelante, mas, de toda a vizinhança; assim, não há como estabelecer a relação entre prédio dominante e prédio serviente, nem de-

terminar, com precisão, o conteúdo da servidão, desde que esta não possui título constitutivo e deve ser interpretada restritivamente, pois é limitação ao direito de propriedade.

Por outro lado, não há possibilidade de caracterizar-se a situação como de direito à passagem forçada, uma vez que, conforme demonstrado largamente, a fazenda do autor não é encravada: tem acesso fácil a uma estrada municipal.

Há de interpretar-se a situação como decorrente de ato de mera tolerância entre vizinhos, que não gera direitos à posse.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso para confirmar pelos seus próprios fundamentos a sentença recorrida.

Salvador, 18 de dezembro de 1990.  
Osmar Oliveira – Presidente. Olny Silva – Relatora.

#### AÇÃO DECLARATÓRIA.

Falece competência ao Tribunal Regional do Trabalho para julgar recurso de sentença de juiz de direito, ressalvada a hipótese do art. 678, letra c, 2, da Consolidação das Leis do Trabalho, amparada no art. 112 da Constituição Federal.

Ap. Cív. 1.153/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.153/89, da comarca de Salvador, Estado da Bahia, em que é apelante Estado da Bahia e apelado Alípio Inácio dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, integrando nestes os relatórios de fls. 68/70 e de fls. 83/85, em negar provimento ao apelo, pelas razões

seguintes:

Vê-se, dos autos, que o doutor juiz *a quo* julgou procedente a ação declaratória requerida pelo apelado, objetivando o reconhecimento da relação jurídica do seu labor como servidor do Estado da Bahia, funcionando como motorista, admitido pela Diretoria do Fórum Ruy Barbosa, em 7 de março de 1950, da qual recebia remuneração.

A decisão recorrida assegura a contagem do tempo dessa atividade, como de serviço público, prestado pelo apelado no período compreendido entre 7 de março de 1950 e 15 de abril de 1959, cujo interregno não consta, porque não averbado na Seção de Cadastroamento e Registro do referido órgão, não obstante tenha sido justificado, judicialmente, documentos de fls. 04/21, todavia, não aceito, validamente, como comprovação de tempo de serviço público.

À fl. 34, o apelante opôs agravo retido ao despacho saneador, de fl. 30, em que o doutor juiz *a quo* desacolheu a preliminar de incompetência da Justiça comum para apreciar a matéria deduzida nos autos, já que, segundo o apelante, à Justiça do Trabalho cabe, por competência constitucional, dirimir conflitos que envolvam empregado e empregador. Haveria, então, ausência de jurisdição.

É de ressaltar-se, no entanto, que, embora na visão do apelante a matéria em discussão tenha cunho trabalhista, releva, contudo, esclarecer, à luz do mandamento constitucional que estabelece a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e decidir litígios decorrentes da relação de trabalho, se pode o colendo Tribunal Regional do Trabalho julgar apelação interposta contra sentença exarada por juiz de direito da Justiça estadual, quando não se trata da hipótese prevista no art. 112 da Constituição Federal vigente.

Com efeito, o referido art. 112 atribui jurisdição trabalhista aos juízes de direito, nas comarcas onde não foram instituídas juntas de conciliação e julgamento, o que não é, evidentemente, o

caso da comarca de Salvador, onde foi proposta a ação declaratória, cuja sentença gerou o inconformismo do apelante.

Essa análise leva à conclusão que descabe aos Tribunais Trabalhistas julgar recurso contra decisão de juiz de direito estadual.

Em verdade, essa competência não está prevista no âmbito do art. 114, § 1º e § 2º da Constituição Federal que a define e fixa.

Se, adentrando o mérito, o Tribunal entender que a matéria, por sua natureza, é da competência da Justiça do Trabalho, cumpre-lhe anular a sentença do juiz de primeiro grau e determinar a remessa dos autos àquela Justiça especializada, para exame e julgamento do recurso, já que é vedado ao Tribunal Regional do Trabalho rever decisão de juiz de direito, ressalvada a hipótese em que esse magistrado tenha funcionado com competência trabalhista, a teor do art. 112 da Carta Magna em vigor.

Negou-se, pois, provimento ao agravo retido e, consequentemente, rejeitou-se a preliminar alçada na apelação quanto à ausência de jurisdição da Justiça comum para conhecer do recurso.

Cabe a transcrição do seguinte julgado do Superior Tribunal Federal:

“Não pode o Tribunal Regional do Trabalho julgar recurso de sentença de juiz de direito, salvo se este tiver funcionado na estrita hipótese do art. 678, letra c, 2, da Consolidação das Leis do Trabalho, o que encontra respaldo do art. 112 da Constituição Federal, decidindo como for de direito.

No mérito, observa-se que o próprio apelante diz, à fl. 74, “como apurado pelos depoimentos colhidos, do Estado era o recorrido empregado...”, não obstante aduza que só a Justiça do Trabalho pode reconhecer ou não a existência da relação de emprego.

Ao que transparece, como inseguurança do apelante, em relação a essa arguição, coloca o recorrente a seguinte alternativa: “Se desacolhida for a arguição por certo acatado é de ser o argu-

mento subsidiário de que, nesse caso, à Justiça Federal incumbe o deslinde da matéria. Com efeito, a Lei estadual 3.929, de 29.10.81, ao consagrar a averbação de tempo de serviço de natureza privada, manda (arts. 1º e 2º) seja ele provado de acordo com as regras estabelecidas pela Lei da Previdência Social 3.807, de 26.08.60. Esta reclama, para o caso, a participação da entidade promotora dessa previdência, ou o INPS ou o IAPAS ou o INAMPS, qualquer delas autarquia federal.

Nesse passo, colhe o argumento do apelado que aponta a inadequação da tese esposada pelo apelante, porque, força é convir: não sendo a Justiça do Trabalho competente para conhecer e decidir a matéria dos autos, indvidosamente, não será a Justiça Federal a instância jurisdicional a quem incumbirá a solução do litígio, porque o reconhecimento judicial do tempo de serviço configura o objetivo do apelado, de complementar o período legal para efeito de aposentadoria, que se efetivará através do Estado e não do INPS, do IAPAS ou do INAMPS.

Destarte, em face desses argumentos, negou-se provimento ao apelo, para manter-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, 13 de junho de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

#### ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

*A simples afirmativa da parte, de que não tem condições de custear despesas judiciais, assegura o direito de pleitear o benefício da justiça gratuita, na forma da Lei 7.510/86.*

Ap. Cív. 661/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação 661/89, da comarca de Salvador, Estado da Bahia, em que é apelante Rui Gomes Peixinho e apelado Manoel da Paixão Lemos.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, integrando neste o relatório de fls. 10/11, em dar provimento ao apelo, pelas razões seguintes:

O doutor juiz *a quo* indeferiu o pedido do autor, ora apelante, quanto à concessão do benefício da justiça gratuita.

Alega o apelante que tal indeferimento revelou o desconhecimento, pelo juiz, da existência da Lei 7.510, de 4 de julho de 1986.

Em verdade, essa lei modificou os arts. 1º e 4º da Lei 1.060 de 05.02.50, permitindo à parte, tão-somente, a afirmação de que não tem condições de custear despesas judiciais, para assegurar o direito de pleitear o benefício da justiça gratuita.

Com efeito, não socorre o apelado a afirmativa de ter havido nova modificação da referida Lei 1.060/50, para que seja exigida, como no texto primitivo, a comprovação da necessidade através da autoridade policial, mediante atestado de pobreza.

A única alteração da Lei 1.060/50, depois da que foi introduzida pela Lei 7.510/86, foi a que emanou da Lei 7.871 de 08.11.89, publicada em 09.11.89, que acrescentou parágrafo referente à exigência da intimação pessoal do defensor público, ou quem exerce cargo equivalente, de todos os atos do processo em ambas as instâncias, contando-se em dobro todos os prazos.

Em face do exposto, dá-se provimento ao apelo para reformar a decisão recorrida, concedendo-se o benefício da justiça gratuita, negado pelo *a quo*.

Sala das Sessões, 4 de abril de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.  
PROPRIEDADE CONTRA CERTAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS.**

*Cabem embargos de declaração, também contra decisões interlocutórias para suprir deficiências, dúvida ou contradição porventura existentes no texto do decisório. Quando a impetração envolver as mesmas partes e a mesma causa de pedir, impõe-se a conexão para evitar decisões conflitantes, sendo conveniente a reunião dos processos em mãos do primeiro relator.*

Mand. de Seg. 551/89. Relator:  
Des. HÉLIO LANZA.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 551/89, da comarca de Coribe, Estado da Bahia, em que é impetrante Município de Coribe e impetrado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, em acolher os presentes embargos, pelas razões seguintes:

Emílio Maron Lima, na qualidade de litisconsorte passivo no mandado de segurança 551/89, no qual figura como impetrado o doutor juiz substituto da comarca de Santa Maria da Vitória e, como impetrante, o Município de Coribe, ofereceu embargos de declaração à decisão de fl. 119, que deferiu liminar requerida pelo impetrante.

Alega o embargante que o impetrante afirmou na inicial do *mandamus*, *in verbis*: "Procura obter pela presente via mandamental a suspensão da eficácia da sentença proferida nos embargos, que, unconstitutional e ilegalmente, determinou o seqüestro do crédito público, atingindo em cheio o patrimônio público".

Em face dessa argumentação, o im-

petrante pediu a concessão da liminar "para suspender os imediatos efeitos da sentença, consistentes, como já dito, no bloqueio unconstitutional e ilegal das verbas municipais".

Diz, ainda, o embargante que a liminar foi concedida como requerida, isto é, suspendendo os efeitos da sentença quanto ao bloqueio das verbas municipais, até o deslinde da apelação.

A decisão, então, "suspenderia os efeitos da sentença *a quo* na parte em que esta, desprezando os embargos opostos pelo impetrante à execução que lhe moveu o suplicante, ordenou o bloqueio de verbas municipais".

Argumenta o embargante que, anteriormente ao presente mandado de segurança, um outro foi impetrado pelo ora embargante, contra ato da mesma autoridade, que neste figura como impetrado, em face de ter o mesmo juiz revisto sentença do seu predecessor para anulá-la, no que se refere ao bloqueio das verbas municipais.

Esse mandado de segurança tem o número 471/89, também de Santa Maria da Vitória, cujo relator, o desembargador Júlio Batista Neves, deferiu a liminar requerida.

Ao deferir essa outra liminar, disse S. Exa. o desembargador Júlio Batista Neves, segundo afirma o embargante:

"... a fim de que se restaure o direito violado, tornando sem efeito o desbloqueio das contas da Prefeitura Municipal de Coribe, as quais deverão permanecer bloqueadas até satisfação da obrigação na forma devida".

O conflito resulta, então, de haver sido impetrado nova segurança, quando uma outra sobre o mesmo tema tramita neste Tribunal.

No entender do embargante, existindo duas decisões em sentido oposto, somente será resolvido o impasse reunindo-se os dois processos, ambos desta Terceira Câmara Cível, em mãos de um só relator, isto é, do relator do primeiro mandado de segurança.

Pedi, por fim, o deferimento dos presentes embargos para aclaramento ou

suprimento de deficiência do decisório.

É o relatório.

Em princípio, pode parecer que se trouxe a exame e decisão um procedimento de teor inusitado, já que se opôs embargos de declaração contra despacho que concedeu liminar em mandado de segurança, não, literalmente, previstos na lei adjetiva civil, vigente.

Segundo preleciona Sérgio Sahione Fadel, no *Código de Processo Civil Comentado*, p. 171:

"Constituem ditos embargos um recurso destinado a suprir uma deficiência do julgado, no sentido de declarar o verdadeiro sentido, ou alcance, do acórdão, evitando-se, dessarte, problemas na fase executória".

Não se trata, na espécie, da matéria disciplinada no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, já que o referido texto faz referência expressa ao cabimento de embargos de declaração quanto

"há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição".

Força é convir que o tema exposto nos presentes embargos se reveste de características extravagantes porque envolve duas decisões em sentido oposto relativas a ato da mesma autoridade judiciária, dita coatora.

Com efeito, a decisão embargada suspendeu os efeitos da sentença do *a quo* quanto ao bloqueio das verbas municipais até o deslinde da apelação.

Por outro lado, em sentido contrário, decidiu o primeiro relator, o desembargador Júlio Batista Neves, conceder, liminarmente, o pedido no mandado de segurança 471/89, também de Santa Maria da Vitória, fls. 133/135, "para que sejam as sentenças objetos dos processos acima referidos, voltem ao *status quo ante*, com os seus devidos efeitos e eficácia, tudo até o julgamento definitivo do presente *writ*.

Existem, pois, duas decisões conflitantes a reclamarem a aplicação de um remédio processual capaz de dirimir a dúvida, esclarecer a contradição, superando, assim, o impasse que impede o cumprimento das decisões sob enfoque.

Nesse passo, vale destacar que, não obstante tratar-se de decisões interlocutórias, o recurso adequado ao caso em tela é, indubidamente, o de embargos declaratórios, sendo oportuno lembrar, nesta oportunidade, que esse entendimento tem apoio da doutrina, respaldado na autoridade de José Carlos Barbosa Moreira, como se vê na página 283 do seu livro *Comentários ao Código de Processo Civil*.

Diz aquele consagrado jurista:

"... Ademais, dado o fim a que visam, não é razoável entender-se que fique excluído o cabimento dos embargos de declaração contra decisões interlocutórias. Quaisquer decisões as comportam, seja qual for o grau de jurisdição, inclusive quando o texto legal as declare irrecorríveis".

Destarte, acolhem-se os presentes embargos de declaração para retificar o decisório, de fl. 119, adequando-se ao que ficou decidido quando da concessão da liminar pelo primeiro relator, desembargador Júlio Batista Neves, isto é, manter o bloqueio das verbas municipais até o julgamento definitivo do mandado de segurança 471/89.

Impõe-se, ainda, que sejam encaminhados os autos do mandado de segurança, 551/89, também, de Santa Maria da Vitória, ao desembargador Júlio Batista Neves, atendendo a que, com o acolhimento destes embargos, fica mantida a liminar, anteriormente concedida no mandado de segurança 471/89, quanto aos efeitos e eficácia das sentenças referidas naquele primeiro despacho, excluída a da medida cautelar, e, assim, reunidos os processos sob a direção do mesmo relator, as decisões de mérito venham a ser coerentes e harmoniosas, porque comuns os objetivos dos respectivos *mandamus*, ou seja: bloqueio ou desbloqueio das verbas municipais.

Sala das Sessões, 23 de maio de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

## *MANDADO DE SEGURANÇA.*

*Dispensa de servidor público. Impossibilidade de revisão do ato de autoridade, via mandado de segurança, após decorridos 120 dias do conhecimento do ato. Decadência de direito da ação. Possibilidade de revisão da matéria pela via ordinária.*

Ap. Cív. 237/87. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 237/87, de Salvador, em que são partes apelantes Nelson Baracho Viana e o Ministério Público e apelados Câmara de Vereadores e a Prefeitura Municipal de Coaraci.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em acolher a preliminar de decadência do direito do apelante, em face do decurso do prazo legal para interposição do *writ*, e em reformar a sentença do juízo de primeiro grau, reconhecendo a competência da Justiça comum para apreciação da matéria, pela via ordinária.

Nelson Baracho Viana interpôs mandado de segurança contra ato do presidente da Câmara de Vereadores e a Prefeitura Municipal de Coaraci, por via do qual pretende seja acolhida sua postulação e declarado sem efeito o ato que o afastou das funções de datilógrafo da Câmara Municipal e o retirou da folha de pagamento dos servidores da Prefeitura.

A Câmara Municipal e a Prefeitura de Coaraci insurgiram-se contra a pretensão, argüindo, em preliminar, a extinção do processo, em face da decadência do direito do apelante. No mérito, requereram a improcedência do pedido.

A sentença prolatada não apreciou a preliminar de decadência, nem o mérito, decidindo pela incompetência da Justiça comum para julgar a matéria, por considerar o impetrante, não como

um funcionário estatutário, mas como celetista, e que, por via de consequência, seria competente a Justiça especializada do trabalho.

Irresignado, o impetrante, ora apelante, interpôs o recurso de apelação, pleiteando a revisão da sentença, para que seja julgado o mérito pela Justiça comum, deferida a segurança.

O representante do Ministério Público acompanhou o apelante, opinando pela reforma da decisão, reconhecida a competência da Justiça ordinária, para exame e decisão do tema proposto.

Insubsistem dúvidas quanto à decadência do direito do apelante para propor a ação.

Estabelece a Lei 1.533 de 31.12.1951:

“O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á, decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”.

A inércia do impetrante, ao requerer a segurança, retira a possibilidade de reexame do ato da autoridade, tida como coatora, pela via especial do mandado de segurança.

O douto juízo *a quo*, ao invés de admitir a incompetência da Justiça comum para apreciar a matéria, deveria suscitar o conflito de competência, uma vez que a matéria já havia sido decidida pela Justiça especializada, que se deu por incompetente, para julgar a matéria, considerando o apelante um funcionário estatutário e não celetista. Trata-se de matéria anteriormente decidida, sem qualquer recurso das partes.

Embora o apelante não tenha sido admitido por concurso, como previsto em lei, não se pode ignorar que houve uma investidura do apelante em cargo público, através de portaria e, uma vez admitido, sofreu sua situação funcional vários atos, como enquadramento em função, promoção, todos praticados através de portarias do órgão coator. Até mesmo licença-prêmio foi deferida ao ora apelante. Em verdade, tais atos são típicos de funcionários estatutários.

A inexistência do concurso para investidura em cargo público não descharacteriza a qualidade de estatutário do servidor, se admitido por portaria. É fato comum no serviço público a admissão de servidores através de simples portarias ou decretos, o que caracterizou no período anterior constitucional de 1967 os chamados funcionários "internos", que, em algumas situações, vieram a ser efetivados por determinação posterior.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo, reconhecendo a competência da Justiça comum para o julgamento da matéria, via processo ordinário, prejudicado o mandado de segurança, em face da decadência.

Sala das Sessões, 14 de fevereiro de 1990. Batista Neves - Presidente. Hélio Lanza - Relator.

#### *RETIFICAÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO.*

*É inviável a pretensão que objetiva retificar o regime do casamento adotado por imposição da lei, em face da menoridade da nubente, para que passe a vigorar o de comunhão de bens, porque irrevogável. Apelo provido do órgão do Ministério Público.*

Ap. Cív. 468/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 468/89, da comarca de Monte Santo, Estado da Bahia, em que é apelante o Ministério Público e apelados Joselito Cardoso da Silva e sua mulher.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, integrando nestes os relatórios de fls. 18/19, e de fls. 36/37, em dar provimento ao apelo, pelas razões seguintes:

Os apelados ingressaram em juízo objetivando a retificação do regime do seu casamento para que passasse a vigorar o de comunhão de bens, o que foi deferido pelo doutor juiz *a quo*, com parecer favorável do órgão do Ministério Público.

Exarada a decisão, o Ministério Público reconsiderou a posição assumida anteriormente e recorreu, alegando que o regime adotado na época do casamento não pode ser alterado, já que é irrevogável a teor do art. 230 do Código Civil.

Dizem, no entanto, os apelados que não tiveram opção, em face da imposição legal do regime de casamento com separação de bens em decorrência da menoridade da nubente.

Pretendem os apelados a confirmação da sentença que autorizou ao cartório competente a retificação para que passe a figurar nos respectivos registros do casamento de ambos o regime de comunhão de bens.

Ocorre que os apelados fundamentaram o pedido no art. 70, § 7º, e no art. 109 da Lei 6.015/73, todavia, § 7º inexistente, já que o art. 70 tem, apenas, o 1º e 2º parágrafos.

Ao que parece, os apelados se equivocaram em relação ao art. 70, pois, possivelmente, quiseram se referir ao art. 71, cujo § 7º se refere à lavratura do assento quanto ao regime de casamento.

No que concerne ao art. 109 da referida Lei 6.015/73, nada tem a ver com a pretensão dos apelados porque diz respeito ao capítulo "DAS ANOTAÇÕES" e está assim redigido:

"Art. 109. Os oficiais, além das penas disciplinares em que incorrem, são responsáveis civil e criminalmente pela omissão ou atraso na remessa de comunicações a outros cartórios".

Por outro lado, ainda que a pretensão dos apelados esteja revestida de justificativa simpática, baseada na longa convivência de mais de vinte anos de vida conjugal tranquila e equilibrada, além da menção aos benefícios que o casal auferiria, bem como, os seus filhos, se

fosse possível o acolhimento do pleito dos apelados, há intransponível óbice de ordem legal a impedir a consecução dos objetivos dos recorridos.

No caso dos autos, é inadmissível a retificação do regime de bens, como se manifestou, em seu parecer, de fls. 32/34, o doutor procurador de Justiça.

A pretendida retificação é inviável por força do disposto nos arts. 230, 145, II, e 315, I, do Código Civil, porque

"o regime de bens entre cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável", na forma do art. 230; o ato da retificação seria nulo porque impossível o seu objeto, art. 145, II; mantendo-se, assim, até o término da sociedade conjugal, isto é, com a dissolução do vínculoconjugal pela morte de um dos cônjuges, na forma do art. 315, I, do Código Civil.

Vale lembrar a lição de J. M. Carvalho Santos, p. 55, "Código Civil Brasileiro Interpretado":

"... quando o regime da separação resulta da imposição da lei, quando ele é obrigatório por haver ocorrido um dos casos previstos no art. 258, em hipótese alguma os bens dos cônjuges se comunicarão. Nem mesmo os bens adquiridos na constância do casamento com o produto da indústria e do trabalho de cada um dos cônjuges".

Em face do exposto, deu-se provimento ao apelo para anular a sentença recorrida.

Sala das Sessões, 23 de maio de 1990. Batista Neves - Presidente. Hélio Lanza - Relator.

**AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CRÉDITO RURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA. RESOLUÇÃO DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

É inadmissível a cobrança de correção monetária sobre operações de crédito rural pactuadas com base em resolução do Conselho

Monetário Nacional, seja porque se trata de norma que não pode invadir a reserva legal, seja porque resolução é regulamento e, como tal, não poderá se sobrepor à lei, no caso, o citado art. 9º, do Dec.-lei 70/66, art. 14, da Lei 4.829/65, e art. 10, do Dec. 167/67, que dispensaram tratamento especial ao financiamento rural.

Ap. Cív. 514/89. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 514/89, de Guanambi, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Adalgício Leis Costa e Banco do Brasil S/A.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, incorporando a este o relatório de fls., rejeitada a preliminar argüida pelo apelante, no mérito, em dar provimento à apelação para cassar a sentença apelada, julgando-se procedentes ambas as ações, revertidos os ônus da sucumbência.

E assim decidem pelas seguintes razões:

Conforme evidenciado pelo relatório, cuida-se de ação declaratória cumulada com a de consignação em pagamento, em que se argüiu a inadmissibilidade da cobrança de correção monetária em operações de crédito rural e, consequentemente, pretende-se efetuar o pagamento mediante o depósito do valor do débito, acrescido apenas dos juros à taxa de 8% ao ano, com vistas a extinguir a obrigação, com a alegação de recausa injustificada do credor em receber.

Como preliminar, aduziu o apelante a de nulidade do processo, com a alegação de que o juiz, ao verificar que o depósito não fora integral, como salientado na contestação pelo apelado, e tendo reconhecido tal motivo, entre outros, como razão de decidir, não teria profereido despacho saneador, impossibilitando-lhe complementar o depósito, caso entendesse necessário, a fim de evitar

que tal fato pudesse servir de base à improcedência da consignação, como ocorreu, o que lhe teria causado prejuízo.

Sem razão, no particular, o apelante.

Na espécie, não há falar-se em complementação de depósito, como previsto no art. 899 da lei processual, posto que admitida a cumulação das ações e adotado para o processo o rito ordinário.

Ademais, versando a ação declaratória a respeito de controvérsia quanto à cobrança de correção monetária sobre crédito rural, vedado seria, antes da sentença, qualquer pronunciamento judicial a respeito da integralidade do depósito, pena de configurar-se prejulgamento da questão de mérito.

Daí por que a hipótese ensejaria, como ocorrido, o julgamento antecipado da lide, sem que, com isso, resultasse qualquer prejuízo para o apelante, seja porque ele próprio assim o requereu, como se vê à fl. 40, seja por envolver a causa questão exclusivamente de direito, que não reclamaria a exigência de saneador, indispensável que é somente nas hipóteses previstas nos arts. 329 e 330 do Código de Processo Civil.

Assim sendo, rejeita-se a preliminar de nulidade do processo.

Ao exame do mérito, observa-se que o apelo consubstancia pretensão de reforma da sentença, sendo que, quanto à ação declaratória, para declarar a nulidade da cláusula contratual pactuada sobre a atualização monetária do débito, ao entendimento de que, em face dos vários fundamentos ali expostos, seria inadmissível a cobrança de correção monetária em contratos que envolvem operações de crédito rural; e, quanto à consignatória, para considerar suficiente o depósito efetuado, nos limites do valor principal, acrescido apenas dos juros à taxa de 8% ao ano, declarando-se extinta a obrigação, tudo com fundamento de não ser devida a parcela da correção e não ter o apelante incorrido em mora.

A matéria já foi objeto de decisão neste Tribunal, pela primeira vez, em

fundamentado acórdão da Terceira Câmara Cível, de 28.06.89, da lavra do eminente desembargador Mário Albiani, na apelação cível 189/89, de Jaguaquara, em que foi apelante Bradesco - Banco Brasileiro de Descontos S/A - e apelado Antonio Ferreira Leal, cujo título e ementa é do teor seguinte:

"Crédito rural, correção monetária: instituída através de resolução do Conselho Nacional. Inconstitucionalidade.

A correção monetária não incide sobre o crédito rural, pois, na verdade, inexistiu lei que a autorize. Resolução do CMN não pode invadir a reserva legal e o mesmo não tem competência, atribuída constitucionalmente, para estabelecer correção monetária no crédito rural. Resolução é regulamento, não podendo ir de encontro à lei, nem além do que ela permite".

Evidentemente, pautou-se o acórdão citado no melhor entendimento a respeito da controvérsia, ao agasalhar a tese da ilegalidade da cobrança de correção monetária sobre crédito rural.

Em verdade, como salientado pelo apelante, o art. 9º, do Dec.-lei 70/66, é, indubitadamente, aplicável à espécie, inobstante tratar-se de operação garantida por cédula rural pignoratícia, e não por cédula rural hipotecária; e isso porque o citado dispositivo legal criou a impossibilidade de extensão da correção monetária às garantias que consubstanciam operações de crédito rural, entendidas tais garantias, nos termos citados no art. 10, incs. I a IV, do Dec.-lei 167/67, como a cédula rural pignoratícia, a cédula rural hipotecária, a cédula rural pignoratícia e hipotecária e a nota de crédito rural, todas elas espécies do gênero Cédula de Crédito Rural, que garantem as operações de crédito rural.

Sem dúvida, pois, que o mencionado art. 9º do Dec.-lei 70, mais não fez que proclamar o princípio da reserva legal, até então observado quanto à não-incidência da correção monetária em crédito rural, pois, a exceção, a que ele se reporta, refere-se, implicitamente, ao termo garantia, sendo que o *caput* do artigo diz respeito aos contratos de fi-

nanciamento destinados ao SFH, com a criação da cédula hipotecária; o que, a rigor, foi um dos objetivos do aludido diploma legal, não tendo, porém, interferido sobre os contratos garantidos por cédula rural, preexistentes ao decreto e ali excepcionados.

Saliente-se, por outro lado, ser insustentável o argumento de que o art. 9º, do Dec.-lei 70, teria sido revogado pelo Dec.-lei 167/67 e pela Lei 6.423/77, como entendeu o *a quo*, fiel ao princípio de que a lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria tratada por esta.

A rigor, o referido Decreto 167/67, que é específico sobre crédito rural, apenas complementou a Lei 4.829/65, ocorrendo que esta, por sua vez, foi regulamentada pelo Dec. 58.380/66, ambos também específicos sobre crédito rural, não sendo certo que regularam inteiramente a matéria de que se cuida. Daí por que afirmar-se que o Dec.-lei 70/66, não versando sobre crédito rural, apenas reforçou posicionamento já anteriormente adotado pela Lei 4.829/65, no que diz respeito à impossibilidade de atualização monetária em crédito de tal natureza.

Desprocede, pois, a pretensão do apelado quanto à admissibilidade da cobrança de correção monetária sobre operações de crédito rural pactuadas com base em resolução do Conselho Monetário Nacional, seja porque se trata de norma que não pode invadir a reserva legal, seja porque resolução é um regulamento e, como tal, não poderá se sobrepor à lei, no caso, o citado art. 9º do Dec.-lei 70/66, art. 14 da Lei 4.829/65 e art. 10 do Dec.-lei 167/67, que, sem dúvida, dispensaram tratamento especial ao financiamento rural, deles não se inferindo a possibilidade da referida cobrança.

De referência à alegada mora do apelante, razão também não assiste ao apelado. O julgamento da ação no dia 22.07.88, depois de já vencido o débito desde 15.07.88, não caracterizou, todavia, a mora do acionante, tanto porque o vencimento do título ocorreu no período

das férias forenses, quando a ação não poderia ter curso, ou, ainda, porque o ajuizamento do pleito se efetivou antes mesmo de proposta qualquer execução pelo apelado.

A essa compreensão, portanto, não há de merecer agasalho o entendimento esposado pela sentença, visto que, efetivamente, inexiste, em nosso ordenamento jurídico, lei determinando a cobrança de correção monetária nos débitos decorrentes de operações de crédito rural, sendo, consequentemente, nula qualquer cláusula instituindo a sua cobrança em financiamento dessa modalidade, por contrariar normas de ordem pública elaboradas para tutela e segurança de interesses gerais e sociais.

Assim, evidenciado, na espécie, que se estipulou operação dessa natureza com incidência de correção monetária, pactuando-se, portanto, contra a lei, impõe-se seja declarada a nulidade da referida cláusula contratual, excluindo-se a parcela da correção.

Finalmente, quanto à consignatária, resultou demonstrado que o depósito efetuado foi integral, correspondente que é ao principal, acrescido apenas dos juros contratuais, à taxa de 8% ao ano, visto não ser devida a parcela de correção monetária e não ter o apelante incorrido em mora.

Conseqüentemente, não seria de aplicar-se, na hipótese, a cláusula contratual ou o disposto nos arts. 5º e 71, do Dec.-lei 167, que só autorizam a cobrança de juros e multa em caso de mora, daí resultando ser injusta a recusa manifestada pelo apelado em receber.

A tais razões, dá-se provimento à apelação para cassar a sentença apelada, julgando-se procedentes ambas as ações, revertidos os ônus da sucumbência, sendo que a declaratória para decretar a nulidade da cláusula contratual sobre correção monetária, e a de consignação para declarar efetuado o pagamento e extinta a obrigação.

Sala das Sessões, 6 de dezembro de 1989. Paulo Furtado – Presidente. Róbélio Braga – Relator.

**AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LAUDO PERICIAL. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIAÇÃO DA PROVA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 927, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

*Segundo o princípio da livre apreciação da prova, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, que não o obriga, por ser de valor apenas opinativo, podendo decidir em desacordo com suas conclusões. Não se defere a proteção possessória se não resultam comprovados os requisitos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil.*

Ap. Cív. 447/89. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 447/89, de Jequié, em que são partes, como apelantes, Judival Gonzaga Cruz e sua mulher e, como apelada, Carmelita Araújo Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, incorporando a este o relatório de fls., em negar provimento à apelação para manter a sentença apelada, e assim decidem, tendo em vista as seguintes razões:

Versa a hipótese sobre ação de reintegração de posse julgada improcedente, em que os litigantes travam a discussão possessória, no âmbito exclusivo da posse, e não no campo dominial, pois, como se observa, são eles condôminos da Fazenda Boa Sorte, onde se localiza a área litigiosa, propriedade ainda sem limites definidos, porque até então não inventariada.

Com efeito, a prova testemunhal produzida nos autos não viabilizou a versão exposta na inicial, eis que, corroborando a incerteza dos limites na área em litígio, não demonstrou houvesse a

apelada perpetrado esbulho ou que, de qualquer forma, estivesse ocupando área de que não detinha a posse.

A prova pericial, por sua vez, revelou-se imprestável, como salientado pelo *a quo*, porque em desacordo com os demais elementos e fatos provados nos autos.

Assim, houve-se com acerto o julgador ao desprezá-la, porque, segundo o princípio da livre apreciação da prova, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, que não o obriga, por ser de valor apenas opinativo, podendo decidir em desacordo com suas conclusões.

Correta, portanto, a decisão apelada, porque não se defere a proteção possessória se não resultam comprovados os requisitos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil.

A essa compreensão, pois, é de se confirmar a sentença hostilizada, como manifestado pela douta Procuradoria de Justiça, de cujo parecer destaca-se, por sua propriedade, o seguinte:

"Do depoimento pessoal do autor, colhe-se que ambos, autor e ré, são vizinhos, sendo a posse desta mais antiga, posto que sucedeu a seu companheiro, pai de seus filhos menores. Ora, sendo assim, é curial que não tenha aceito medição unilateral, realizada pelo Interba ou outro órgão, tanto mais quando a cerca levantada 'prendia uns pés de cacaú da ré'. 'Ora, não se pode dizer que tenha a sua posse turbada quem, não tendo limites certos, deseja passar cerca prendendo benfeitorias de seu vizinho. Somente tal fato já justificaria o obstáculo posto pela ré'".

Por tais razões, nega-se provimento à apelação para manter a sentença apelada.

Sala das Sessões, 14 de novembro de 1989. Paulo Furtado – Presidente. Robério Braga – Relator.

### **ALIMENTOS PROVISIONAIS.**

*A sentença que fixa ou homologa alimentos não transita em julgado, podendo ser revista, em face da mudança da situação financeira das partes (art. 15 da Lei 5.478). Entretanto, no caso vertente, a redução foi concedida de modo impróprio, ferindo o dispositivo contido nos §§ 1º e 3º do art. 13 da Lei 5.478. Deu-se provimento ao agravo, para cassar a decisão recorrida.*

Agr. de Inst. 04/85. Relator: Des. FALZAC SOARES.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 04/85, de Salvador, em que são agravantes Joséâ Silveira de Jesus e Andreia Silveira de Jesus, representados por sua genitora, Pureza da Silva, e agravado Manoel Cosme dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento ao agravo de instrumento, para cassar o despacho agravado. Em verdade, alimentos provisionais, fixados na inicial, podem ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado de conformidade com o art. 13 da Lei 5.478/68.

No caso *sub judice*, ficou realmente comprovada a impossibilidade do agravado pagar os alimentos a que fora penalizado, entretanto o revisionamento requerido foi feito de maneira imprópria, ferindo o dispositivo legal que rege a espécie.

O doutor curador, em seu parecer de fl. 13, ao optar pelo cassamento do despacho agravado, ressalta que:

"Em que pese a alteração financeira alegada pela parte agravada, necessária se torna a discussão do problema pelas partes, o que só seria possível em obediência e mediante o contraditório, o que não se verificou. Tal decisão, a nosso ver, contrariou os dispositivos da

Lei 5.478/68 e, sendo assim, deve ser revista tal decisão, conforme invocado na inicial de fls.".

Endossando o entendimento da Curadoria, dá-se provimento ao agravo de instrumento interposto, para cassar a decisão que revisionou os alimentos provisórios a que fora obrigado o agravado a pagar aos agravantes.

Salvador, 10 de dezembro de 1985.  
Paulo Furtado - Presidente. Falzac Soares - Relator.

### **BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULOS. RECOLHIMENTO A DEPÓSITO DO PODER PÚBLICO REQUERENTE. INEXISTÊNCIA DE AGRAVO A DIREITO DA MUNICIPALIDADE.**

*Alienados os bens pela administração pública anterior a particular e deferida liminarmente sua busca e apreensão, com vistas à propositura de ação principal em que se discutirá sobre a validade e a eficácia do negócio concluído, nenhum agravo causa a direito da Municipalidade a decisão judicial que determina o recolhimento desses mesmos bens, veículos, à garagem municipal, com vistas a obstar eventuais danos ou desgaste com sua utilização continuada. Ao contrário, cuida-se de medida ditada pelo prudente arbítrio do julgador, em face das circunstâncias fáticas e jurídicas envolventes da espécie sub judice.*

Agr. de Inst. 106/89. Relator: Des. PAULO FURTADO.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 106/89, de Capim Grosso, em que são partes, como agravante, a Prefeitura Municipal de Capim Grosso e, como agravado, Antonio Raimundo Souza.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, e o fazem pelas razões seguintes.

Com o argumento de que teriam sido alienados de forma irregular, a particular, pela administração pública anterior, veículos diversos, de propriedade da Comuna, ajuizou a Prefeitura Municipal de Capim Grosso contra Antonio Raimundo Souza uma ação cautelar de busca e apreensão, obtendo a liminar encarecida. Determinou, contudo, a nobre juíza, saneando o feito, fossem mencionados veículos recolhidos à garagem da Comuna, "visando evitar o desgaste e danos por eventual acidente com os mesmos, devendo o autor desta ação e depositário destes veículos cuidar da conservação..., para mantê-los na forma em que se encontram..." (fls. 07-a).

Tecendo considerações sobre as operações de venda e compra – que afirma "formalmente viciadas" e "simuladas" – e realçando que a Prefeitura foi onerada com o conserto dos veículos, que desempenham função social muito grande, coletando lixo e servindo como "carros-pipa" para levar água à população "sofrida pela seca", pede a agravante seja reformado o despacho, com o argumento, em que insiste, de que assim o reclama o interesse público.

Mantida a decisão, após a oferta das contra-razões, mereceu o feito tramitação regular.

Trata-se, como realçado, de ação cautelar de busca e apreensão, à qual naturalmente se seguirá a ação principal adequada.

Não é demais salientar que o agravado evidentemente pagou um preço, na formação do negócio, e que com certeza é titular de direitos que também não de ser apreciados e eventualmente preservados, se for o caso. Não há apenas direitos da Municipalidade a questionar. E, por fim, não é de desconhecer-se que há uma operação de venda e compra concluída, que produz efeitos enquanto não desconstituída.

Portanto, sobretudo tendo em conta tratar-se de medida cautelar, por natureza urgente e provisória, é nesse contexto que a espécie deve ser visualizada.

Alienados os bens pela administração pública anterior a particular e deferida liminarmente sua busca e apreensão, com vistas à propositura da ação principal em que se discutirá sobre a validade e a eficácia do negócio concluído, nenhum agravo causa a direito da Municipalidade a decisão judicial que determina o recolhimento desses mesmos bens, veículos, à garagem municipal, com vistas a obstar eventuais danos ou desgaste com sua utilização continuada. Ao contrário, cuida-se de medida ditada pelo prudente arbítrio do julgador, em face das circunstâncias fáticas e jurídicas envolventes da espécie *sub judice*.

O acolhimento da tese esposada pela agravante significaria, em última análise, emprestar à ação cautelar o caráter satisfatório de que é ela despidia, porque próprio da ação principal.

O pronunciamento judicial hostilizado, além de atender aos objetivos do procedimento cautelar, é absolutamente jurídico, motivo por que se impõe cancelá-lo.

Nega-se provimento a tais razões.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 2 de agosto de 1989.  
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

#### CAUTELAR. LIMINAR. ART. 804 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

No campo do prudente arbítrio e da autonomia do juiz é que se insere a faculdade de concessão da cautelar, a teor do art. 804 do Código de Processo Civil. Pelo seu caráter violento impõe, ademais, a indispensabilidade da certeza sobre a situação indicada pela regra legal: a possibilidade da ineficácia da medida, se ouvido o demandado, pela sua frustração. Assim, nenhum agravo causa a direito da parte a

*decisão do magistrado que, afirmando não ter sido a prova documental acostada à vestibular suficiente para convencê-lo da necessidade dessa excepcional providência, denega a liminar encarecida, conduzindo, consequentemente, o processo à instrução.*

Agr. de Inst. 17/89. Relator: Des. PAULO FURTADO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 17/89, de Salvador, em que são partes, como agravante, Soraya Lins da Silva Salgado e, como agravado, Júlio César Salgado Neto.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em negar provimento ao recurso, e o fazem pelas razões seguintes.

Com o agravo, alveja-se a decisão do MM. Juiz de Direito da 4<sup>a</sup> Vara de Família e Sucessões da Comarca da Capital, que, em ação cautelar incidental de guarda provisória de filhos, indeferiu a liminar pleiteada pela autora-agravante, com o argumento de que inexistia fundamento de receio alegado na inicial. Tal receio, ao que consta, seria frustrar-se a eficácia da sentença proferida na ação de separação em curso, no tocante à guarda da filha do casal, em razão de "o suplicado ter afirmado constantemente que levará a menina para o interior do Estado".

O feito mereceu tramitação regular, havendo o Ministério Pùblico opinado pelo improvisoamento do agravo.

Colhe-se do parecer ministerial: "De todo descabida a pretensão. Além de serem inconsistentes as afirmações, sem embasamento em qualquer prova dos autos, os arrestos trazidos à colação dizem respeito à tutela de direito substancial, todos eles atinentes à matéria de guarda de filhos que deve ser apreciada no processo próprio" (fl. 50).

Com efeito.

No campo do prudente arbítrio e da autonomia do juiz é que se insere a faculdade de concessão da cautelar, a teor do art. 804 do Código de Processo Civil. Pelo seu caráter violento, impõe, ademais, a indispensabilidade da certeza sobre a situação indicada pela regra legal: a possibilidade da ineficácia da medida, se ouvido o demandado, pela sua frustração. Assim, nenhum agravo causa a direito da parte a decisão do magistrado que, convencido de que a prova documental acostada à vestibular não é suficiente para ditar essa excepcional providência, denega a liminar encarecida, conduzindo, consequentemente, o processo à instrução.

Realmente, para o deferimento de pleito assim veiculado, é imprescindível se esbozem ou transpareçam fatos e circunstâncias que convençam da existência de receio justo, provável, de lesão de difícil ou incerta reparação. "Provável", insista-se, e não meramente "possível".

A construção pretoriana se tem orientado na esteira seguinte: "A concessão de medida cautelar *inaudita altera pars* tem caráter excepcional e violento, reclamando não só uma certa prudência no exercício do arbítrio judicial quanto à sua concessão, como a presença de elementos extremamente graves revelados de plano; e que, por isso mesmo, devem ter a sua análise repassada minudentemente pelo julgador, a demonstrar o seu convencimento quanto à necessidade da mesma" (ac. unân. da 5<sup>a</sup> Câm. do 1º TA-Cfv.-SP, de 26.09.79, no mand. de seg. 260.421, rel.-juiz YUSSEF SAID CAHALI; *in Julgs. dos TAs. Cívs.-SP*, v. 62, p.57).

No caso *sub judice*, andou-se com acerto o magistrado, posto que a prova carreada para os autos não revelava, de plano, a conjugação dos requisitos básicos da cautelar: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, autorizadores da concessão da medida.

Ressalte-se, por fim, que a característica da revogabilidade e a natureza provisória das medidas cautelares, que ressaem da norma do art. 807 do Código

de Processo Civil, geram a expectativa de uma concessão da providência, incidentalmente, tanto que se apresentem, incontestes, os requisitos que lastreariam a liminar antes denegada.

De todo o contexto resulta que nenhuma censura está a reclamar o despacho hostilizado com o agravo.

Nega-se provimento a tais razões.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 2 de agosto de 1989.  
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

#### **DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO: ART. 165 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

*É certo que o art. 165 do Código de Processo Civil exige que as decisões interlocutórias sejam fundamentadas, ainda que de modo conciso. Entretanto, se o julgador atende o pleito, afirmando fazê-lo "nos termos do pedido", adota, evidentemente, a motivação expendida pela parte em seu arrazoado. Trata-se do chamado "dispositivo indireto", plenamente admissível em nosso sistema processual, não sendo razoável falar-se, afi, em nulidade do pronunciamento judicial.*

Mand. de Seg. 230/88. Relator:  
Des. PAULO FURTADO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 230/88, de Maragogipe, em que são partes, como impetrante, Benedito Paranhos de Brito e, como impetrado, o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Acordam os desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em conceder, em parte, o pedido e o fazem pelas razões seguintes.

Em despacho proferido liminar-

mente, *inaudita altera pars*, numa ação cautelar de separação de corpos cumulada com alimentos, deferiu o juiz impenatrado o que encarecia a esposa do impenatrante, fixando também alimentos provisionais, para ela e quatro filhos do casal, em 60% dos vencimentos líquidos do demandado.

O requerente vê violados não apenas dispositivos do Código de Processo Civil como, igualmente, da própria Lei de Alimentos, realçando que não indica a esposa, na inicial, que também residia em juízo, representando os filhos; que um deles, de 16 anos, Alex, trabalha no Banco do Brasil S/A; que a autora é professora primária estadual; que a decisão é totalmente desfundamentada; que o casal vivia sob o mesmo teto; e arremata, postulando a revogação do despacho hostilizado.

Logrou o impetrante a concessão de liminar, no *mandamus*, pelo relator junto ao egrégio Conselho da Magistratura (fls. 25v e 26).

Intervindo, na condição de litisconsorte, argüi a esposa-autora da cautelar a nulidade do feito, visto que o mandato outorgado ao advogado do impenatrante não tinha a firma reconhecida, e a inexistência de direito líquido e certo, posto que a matéria é discutível, demandando a produção ampla dos meios de prova, "fato que isoladamente constitui um óbice à pretensão injusta do impenatrante..." (fl. 34). E, tecendo considerações sobre o mérito da questão, pede seja indeferido o *writ*.

O parecer da Procuradoria de Justiça conclui pelo indeferimento (fl. 59).

Tramitação regular.

O que a litisconsorte rotula de preliminar, ao evidenciar a falta de reconhecimento da firma do impetrante, na procuração, objetivando ver declarados inexistentes os atos praticados pelo advogado respectivo, é, *data venia*, despiciendo, já que não se viabilizou à parte, em nenhum momento, a regularização da representação processual. Além do mais, ao prestar as suas informações, a autoridade indigitada coatora fez juntar,

entre outros documentos, mandato conferido pelo impetrante ao mesmo advogado, com firma reconhecida. E, relativamente à apreciação da existência, ou não, de direito líquido e certo, trata-se de mérito, não de preliminar, que como mérito há de ser cuidado.

Do parecer do Ministério Público, integrado ao presente aresto em seus termos (fl. 59), tira-se a preocupação de seu nobre subscritor de ver tutelados os direitos e interesses dos menores, filhos do casal.

Tem razão o duto procurador no tocante ao primeiro aspecto: a questão da fundamentação do despacho alvejado.

É certo que o art. 165 do Código de Processo Civil exige que as decisões interlocutórias sejam fundamentadas, ainda que de modo conciso. Entretanto, se o julgador atende o pleito, afirmando fazê-lo "nos termos do pedido", adota, evidentemente, a motivação expendida pela parte em seu arrazoado. Trata-se do chamado "dispositivo indireto", plenamente admissível em nosso sistema processual, não sendo razoável falar-se, aí, em nulidade do pronunciamento judicial.

Relativamente, porém, ao segundo aspecto da demanda, se é correto dizer-se que, quanto ao deferimento da guarda dos filhos menores e concessão de alimentos, até de ofício, poderia o juiz dispor a respeito, não se pode deixar de realçar que a fixação de percentual tão elevado (60% dos vencimentos líquidos do impetrante) refoge a todos os parâmetros consagrados pela jurisprudência pátria.

Conceder-se o *mandamus in totum*, tal como pleiteado, porém, seria consagrar injustiça gritante, praticada pelo Judiciário, numa inconcebível homenagem ao formalismo processual, em detrimento de direitos e interesses dos menores que incontestavelmente carecem de alimentos. Injusto seria, por outro lado, chancelar o percentual estabelecido pelo julgador, alheio a tudo quanto assentado pela construção pretoriana es-

pecífica. Considerando, pois, que qualquer decisão judicial sobre alimentos pode – e deve – ser revista a qualquer tempo, pelo juiz, tanto que fatos supervenientes ou novos indiquem essa necessidade, inociando, portanto, sobre ela a preclusão, e, mais, sem risco de suprimir-se a instância, porque, não se tratando de solução definitiva, o caso é de deferir-se, em parte, o *mandamus*, para fixar em 40% dos vencimentos líquidos do impetrante a pensão alimentícia por ele devida, prosseguindo o feito, em primeiro grau de jurisdição, nos seus ulteriores trâmites, até pronunciamento final a respeito, mantida a decisão quanto ao mais.

Concede-se parcialmente.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 17 de maio de 1989.  
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

#### *DESPEJO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. ART. 41 DA LEI DO INQUILINATO.*

*Estabelecimento de ensino, para os fins do art. 41 da Lei do Inquilinato, somente pode ser considerado aquele que tenha existência regular, em que seja ministrado curso disciplinado pela legislação vigente (de qualquer grau e, assim, o profissionalizante), por pessoal docente especializado, a corpo docente contínuo. Ao consagrar restrição ao direito de retomada do imóvel alugado, pelo locador, objetivou, evidentemente, o legislador evitar a solução de continuidade na prestação de serviço de que não pode a coletividade prescindir. Na apreciação do caso concreto e na aplicação da lei, portanto, há de atentar o juiz, rigorosamente, aos objetivos que a inspiraram, de modo que não venha a agravar, sem razão, as restrições dela consequentes para o direito de propriedade.*

Mand. de Seg. 375/88. Relator:  
Des. PAULO FURTADO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 375/88, de Salvador, em que são partes, como impetrante, a EBATECA de Brotas S/C Ltda. e, como impetrado, o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Comercial.

Acordam os desembargadores membros da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar a segurança, e o fazem pelas razões seguintes.

Adota-se, a título de relatório, o lançado no despacho vestibular, de fl. 18, complementado pelo de fl. 35, constante do pronunciamento do Ministério Público.

Tramitação regular.

Integram-se, pela sua propriedade, ao presente arresto os termos do parecer da douta Procuradoria de Justiça (fl. 35/36).

Com efeito.

Estabelecimento de ensino, para os fins do art. 41 da Lei do Inquilinato, somente pode ser considerado aquele que tenha existência regular, em que seja ministrado curso disciplinado pela legislação vigente (de qualquer grau e, bem assim, o profissionalizante), por pessoal docente especializado, a corpo discente contínuo. Ao consagrar restrição do direito de retomada do locador, objetivou evidentemente o legislador evitar a solução de continuidade na prestação de serviço de que não pode a coletividade prescindir. Portanto, na apreciação do caso concreto e na aplicação da lei, o juiz há de atentar, rigorosamente, aos objetivos que a inspiraram, de modo que não venha a agravar, sem razão, as restrições dela consequentes para o direito de propriedade.

Na espécie dos autos, segundo ressaltaram o juiz impetrado e o procurador de Justiça, sequer comprovou o impetrante sua qualidade de estabelecimento de ensino.

Por igual, não violou direito líquido e certo algum do requerente o ato judicial que proclamava recebido o apelo

apenas no seu efeito devolutivo. É que incidia, precisamente, o art. 42 da Lei 6.649/79, que determina assim faça o magistrado, em hipóteses como a versada nos autos.

Sem direito líquido e certo a tutelar, nega-se a segurança.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 7 de junho de 1989.  
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

**DESPEJO. USO PRÓPRIO. LOCADOR RESIDENTE EM PRÉDIO PRÓPRIO. IMPROVIMENTO.**

*Na retomada para uso próprio, por necessidade comprovada, justamente porque o locador reside em prédio próprio, incumbe-lhe provar, nos termos do art. 52, V, da Lei 6.649, além da relação locatícia, também a necessidade do pedido, o que não acontece na hipótese prevista no inc. X, em que a sinceridade do pedido resulta presumida desde que o retomante comprove residir em prédio alheio e peça o imóvel pela primeira vez.*

Ap. Cív. 719/89. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 719/89, de Feira de Santana, em que figuram como apelante e apelada, respectivamente, Divina Sales Baechat e Elizabete Almeida Rodrigues.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, incorporando a este o relatório de fls., em negar provimento à apelação, e assim o fazem pelas razões seguintes.

Cuida-se, na espécie, de ação de despejo para uso próprio, sendo a locação residencial e por prazo indetermina-

do, ocorrendo que a pretensão de retomada é fundada no disposto no art. 52, V, da Lei 6.649, isto é, o locador reside em prédio próprio, e não em prédio alheio.

No entendimento da apelante, a retomada não deveria ser acolhida, porque a apelada mora em prédio próprio e não teria demonstrado a sinceridade do pedido; e mais, porque realizou benfeitorias necessárias no imóvel e não lhe foi assegurado direito à indenização.

Sem razão, no particular, a apelante.

No caso, como se observa, cuida-se de retomada para uso próprio, por necessidade comprovada, e aqui, justamente porque o locador reside em prédio próprio, incumbe-lhe provar, nos termos do citado art. 52, V, da Lei 6.649, além da relação locatícia, também a necessidade do pedido, o que não acontece na hipótese prevista no inc. X, em que a sinceridade do pedido resulta presumida desde que o retomante comprove residir em prédio alheio e peça o imóvel pela primeira vez.

Ora, na espécie, resulta indubioso que a apelada comprovou a sinceridade do pedido, porquanto, como alegara na inicial, evidenciado está, à vista da prova pericial realizada, que, em verdade, o prédio em que ela reside encontra-se em precário estado de conservação e com risco de desabamento, não apresentando, portanto, condições de habitabilidade.

Assim, posto que a necessidade resultou demonstrada, não haveria porque desacolher-se a pretensão da apelada.

No que diz respeito às benfeitorias, especificadas e reclamadas pela apelante, razão também não lhe assiste, daf por que não se lhe reconhecer, em razão delas, crédito de que deriva o direito de retenção.

Existentes que são, visto que comprovadas pela perícia, não o são, todavia, indenizáveis, seja porque feitas sem consentimento escrito da locadora, se consideradas todas elas úteis, como efe-

tivamente o são, pois relacionadas com a comodidade e melhor uso do imóvel, seja em vista da cláusula contratual que isentou a locadora da obrigação indenizatória, se caracterizada fosse alguma delas como benfeitoria necessária.

Por tais razões, nega-se provimento à apelação, mantendo a sentença apelada.

Sala das Sessões, 18 de outubro de 1989. Paulo Furtado - Presidente. Robério Braga - Relator.

#### *MANDADO DE SEGURANÇA. ICM. ISENÇÃO CONCEDIDA POR CONVÉNIO. CONVÊNIOS AUTORIZATIVOS E IMPOSITIVOS. INADMISSIBILIDADE DA DISTINÇÃO.*

*A Lei Complementar 24/75 não admite distinção entre convênios autorizativos e impositivos. Assim, se o Estado ratificou, por decreto, convênio estabelecendo isenção fiscal, nos termos do art. 4º da Lei Complementar citada, não pode unilateralmente revogar, por outro decreto, total ou parcialmente, o benefício, porque, ali, a revogação depende de aprovação de, pelo menos, quatro-quintos dos representantes do convênio presentes, como previsto no art. 2º, § 2º, do mencionado diploma legal.*

Ap. Cív. 454/89. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 454/89, de Salvador, em que figuram como apelante e apelada, respectivamente, Fazenda Pública Estadual e Aristides Cardozo Comércio e Indústria de Frio Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em ne-

gar provimento à apelação e ao recurso de ofício, confirmando-se a sentença de primeiro grau.

E assim decidem pelas seguintes razões.

Adota-se, como próprio, o relatório da sentença de fls. 112/119.

Acrescenta-se que o juiz concedeu, em caráter definitivo, a segurança, declarando a ilegalidade da cobrança do imposto pela impetrada, recorrendo de ofício a esta instância.

Inconformada com a decisão, apelou também a impetrada, postulando a sua reforma.

Em suas razões, que constam à fl. 129 e que integram o presente, sustenta a apelante que, na espécie, o Estado da Bahia pode exigir a diferença do imposto pretendido, e assim o faz no exercício de sua competência privativa, visto que a lei que regula a matéria não foi ainda elaborada. Salienta mais que o Convênio 30/81 não limita o exercício, pelo Estado, de sua competência interna, pois se trata de convênio autorizativo que permite aos estados concederem ou não o benefício da isenção do ICM sobre as saídas de carne bovina e demais produtos que menciona, não sendo, portanto, obrigatória a sua observância. E, afinal, arremata que, por isso, pode o Estado, mediante lei própria, disciplinar de modo diverso do estabelecido no convênio, visto que este não cria obrigação para os estados-membros participantes.

Em contra-razões, de fls. 141/142, a este também incorporando, pugna a apelada pela manutenção da sentença, ressaltando que a Lei Complementar 24/75 não admite a distinção entre convênios autorizativos e impositivos, em razão do que não se poderia, também, considerar aqueles como convênios não-obrigatórios.

Preparados, subiram os autos, que foram distribuídos a esta Quarta Câmara Cível, sorteando-se relator.

Após colhido parecer da douta Procuradoria, que opinou pelo improvisoamento da apelação, incluiu-se o feito em

pauta para julgamento, visto não estar sujeito à revisão.

É o relatório.

Como se observa do relatório, a discussão da lide é se o Estado da Bahia poderia, ou não, alterar norma de convênio, firmado com outros estados-membros da Federação, que estabeleceu isenção de ICM para as saídas de carne bovina, entre outros produtos, promovidas por estabelecimentos varejistas no Estado, desde que o imposto tenha sido pago na operação anterior.

Conforme objetivamente sintetizado pela apelada, prende-se a "questão ao exame da natureza dos convênios concessivos de isenção e favores fiscais e na pretendida distinção entre convênios autorizativos e impositivos".

Individuosamente, não há como distinguir, na espécie, convênios autorizativos de convênios impositivos, pretendendo-se atribuir apenas a estes força obrigatória.

Tal entendimento fere, sem dúvida, a atual Constituição Federal e a vigente Lei Complementar 24/75, além de confrontar com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da matéria, conforme se observa dos acórdãos unânimes, por cópia acostados às fls. 28 e 34, proferidos nos recursos extraordinários 97.250-1 e 96.545-9, ambos de São Paulo, da lavra do ministro Moreira Alves, e com a mesma ementa, do teor seguinte:

"A Lei Complementar 24/75 não admite a distinção entre convênios autorizativos e convênios impositivos. Assim, a revogação de isenção decorrente de convênio não pode fazer-se por meio de decreto estadual, mas tem de observar o disposto no § 2º, do art. 2º, da referida Lei Complementar".

Evidente, pois, que, se o Estado da Bahia ratificou, por decreto, convênio estabelecendo isenção fiscal, nos termos do art. 4º da Lei Complementar citada, não pode unilateralmente revogar, por outro decreto, total ou parcialmente, o benefício, porque, aí, a revogação depende de aprovação de, pelo menos,

quatro-quintos dos representantes do convênio presentes, como previsto no art. 2º, § 2º, do mencionado diploma legal.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos citados, de que foi relator o ministro Moreira Alves, a saber:

"Assim, não há dúvida de que a concessão de qualquer desses benefícios, inclusive a isenção, terá de ser feita diretamente por convênio resultante da decisão unânime dos Estados representados, e sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro-quintos, pelo menos, dos representantes presentes".

Por sua propriedade, vale destacado do parecer do douto procurador de Justiça, o seguinte:

"Demais, se o Estado da Bahia, quando da aprovação do convênio, não desejasse ratificá-lo deveria se manifestar na forma do disposto no art. 4º da Lei Complementar 24/75, e no prazo que aquele dispositivo confere, sob pena de considerar-se 'ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo'. Assim, não importa o convênio ter sido autorizativo ou impositivo. Cumpria ao Estado não ratificá-lo porque, somente assim, poderia recusar o favor fiscal. Se já concedida a isenção não poderia suprila, unilateralmente. Pelo improvisoamento da apelação, portanto, é o parecer".

Assim, resultando evidenciado que o ato impugnado revestiu-se de manifesta ilegalidade, por isso que violou direito líquido e certo da impetrante, ora apelada, correta é a decisão que lhe deferiu a segurança.

Nessas condições, nega-se provimento à apelação e ao recurso de ofício, confirmado-se a sentença de primeiro grau.

Sala das Sessões, 29 de novembro de 1989. Paulo Furtado - Presidente. Robério Braga - Relator.

#### MEDIDA CAUTELAR. IMPROVIMENTO.

O processo cautelar consubstancial providência preparatória que objetiva proteger uma situação de fato, que permite à parte a garantia de seu direito, a ser examinado posteriormente na ação principal, não sendo lícito o seu ajuizamento com o propósito de substituir a causa principal, pois isso equivaleria a atribuir-lhe o caráter de execução de uma sentença de mérito ainda inexistente.

Agr. de Inst. 168/89. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 168/89, de Salvador, em que figuram como agravante e agravado, respectivamente, Banco Econômico S/A e Rafael Grimaldi Filho.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, e assim decidem, tendo em vista que:

Banco Econômico S/A, réu na ação cautelar inominada, que lhe moveu Rafael Grimaldi Filho, irresignado com a decisão liminar proferida pelo doutor juiz da 12ª Vara Cível e Comercial, que ao agravado deferiu efetuar o depósito do valor originário do débito, decorrente do contrato de financiamento rural que com o mesmo celebrara, acrescido apenas de juros e despesas judiciais, sem a incidência, portanto, de correção monetária, interpôs agravo de instrumento, objetivando cassar dita decisão aos seguintes fundamentos: a) insuficiência da caução prestada; b) inadequação do procedimento escolhido, posto que próprio seria a ação de consignação em pagamento, tanto que o agravado nada mais fez senão ofertar a importância, seguindo-se o depósito, que não corresponde a pagamento com efeito liberatório; c) descabimento da pretensão à luz do dis-

posto no art. 47 das disposições transitórias da Constituição Federal, que, no seu § 3º, I, previu a liquidação do débito inicial, em casos tais, acrescido apenas de juros e taxas judiciais, mas desde que fosse efetivada dentro de 90 dias, a contar da promulgação da referida Carta.

Processado o agravo, manifestou-se o agravado, às fls. 39/41, pugnando pela manutenção da decisão recorrida, com o argumento de que, com a liminar concedida, não houve oferta, e sim pagamento da dívida sem correção monetária, através do depósito feito em procedimento adequado e em tempo hábil, nos termos do art. 47, § 3º, III e IV, das disposições transitórias da Carta Magna.

Mantida a decisão pelo juiz *a quo*, os autos subiram a esta instância e foram distribuídos à Quarta Câmara Cível, sorteando-se relator, que pediu a inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

Versa a hipótese sobre medida cautelar em que, procedido o depósito do valor do débito principal decorrente de operação de crédito rural, sem a incidência de correção monetária, discute-se sobre ser a ação ajuizada inadequada ao fim proposto, ou se o depósito constitui pagamento com efeito liberatório da obrigação, ou, ainda, se a caução prestada pelo agravado foi insuficiente.

Sem dúvida que a espécie não comporta esse tipo de questionamento sobre o caráter liberatório do depósito efetuado, objeto que é da ação principal declaratória a que se referiu o agravado, e a que se obrigou ajuizar, e isso porque no processo cautelar perquire-se apenas dos seus pressupostos específicos, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado e a possibilidade de ocorrência de dano grave a esse direito, antes do julgamento da ação principal, ao lado, evidentemente, das condições genéricas de toda ação, que são a legitimidade de partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

Ora, o processo cautelar consubstancia, pois, via de regra, providência preparatória que objetiva apenas proteger uma situação de fato que permita à parte a garantia de seu direito, a ser examinado posteriormente na ação principal, não sendo lícito o seu ajuizamento com o propósito de substituir a causa principal, pois isso equivaleria a atribuir-lhe o caráter de execução de uma sentença de mérito ainda inexistente.

De ressaltar, por oportuna, a lição do desembargador Paulo Furtado, a respeito do assunto de que se cuida:

"O conteúdo da medida cautelar não pode ser idêntico ao que seria alcançado se julgada procedente a ação principal, impondo-se, pois, a distinção entre ambos. Se o efeito decorrente da medida cautelar, deferida que seja, se equipara ao que decorrerá do processo principal, algo errado existe, porque já será satisfativa a prestação. E, aí, cumpre obstar prospere o pleito. Em outras palavras, não é sequer razoável reduzir a ação principal a um papel meramente formal, posto que já se tenha obtido, com a cautelar, aquilo que somente poderia ser obtido na principal. Em suma, os pedidos não se podem, absolutamente, identificar em sua essência, de molde a permitir que, na cautelar, se postule aquilo que somente poderia ser encarecido – e obtido – como resultado da principal" (*Processo Cautelar – Coletânea de Estudos Jurídicos 8*, publ. do Tribunal de Justiça da Bahia).

Na espécie dos autos, como se observa, a decisão agravada apenas admitiu a efetivação do depósito, ao exame tão-só da ocorrência dos pressupostos *fumus boni juris e periculum in mora*, efetivamente presentes *in casu*, e da prestação de caução regular, sem adentrar, evidentemente, na questão de fundo da controvérsia, como não poderia fazê-lo, não só porque ainda se trata de liminar, mas sobretudo porque, cuidando-se de medida cautelar, nem a sentença final poderia deferir prestação de natureza já satisfativa, por sobre ser somente admissível no pleito principal.

Daí, então, não se entender dos motivos que levaram as partes a levantarem discussão sobre a questão do depósito, se com eficácia de pagamento, ou não, matéria que, sem dúvida, constitui objeto da causa principal e que no procedimento de que se cuida não poderia ser analisada.

Certo, pois, de que a decisão agravada não violou o direito do agravante, posto que se ateve à análise dos pressupostos específicos da ação cautelar.

Nega-se provimento ao agravo.

Sala das Sessões, 13 de setembro de 1989. Paulo Furtado – Presidente. Roberio Braga – Relator.

#### *NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. CONCESSÃO DE LIMINAR: DISPENSABILIDADE DA INSPEÇÃO JUDICIAL.*

*Se a inspeção judicial é prova dispensável para a concessão de liminar, em ação de nunciação de obra nova, a sua realização, sem intimação de uma das partes, embora, não viola direito líquido e certo algum, a reclamar a proteção do writ com o objetivo de ver cassado o dispositivo judicial.*

Mand. de Seg. 422/88. Relator:  
Des. PAULO FURTADO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 422/88, de Paulo Afonso, em que são partes, como impetrante, Silveira da Costa Maia e, como impetrada, a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Vara Cível da Comarca.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em indeferir a segurança, e o fazem pelas razões seguintes.

Adota-se, a título de Relatório, o

lançado no despacho vestibular, de fl. 60.

Tramitação regular.

Integram-se, pela sua evidente propriedade, a este aresto os termos do parecer da douta Procuradoria de Justiça, de fl. 70.

Efetivamente, a dispensabilidade da inspeção judicial para a concessão de medidas liminares em ações de tal natureza é incontestável.

Ademais, é regra do art. 937 do Código de Processo Civil que lícito será ao juiz conceder o embargo liminarmente ou após justificação prévia. A esta, inclusive, "... permanecerá estranho o réu, nela não intervindo de modo algum", consoante lição de Adroaldo Furtado Fabrício, comentando o aludido dispositivo (*apud Comentários ao CPC*, Forense, 1980, v.8, t.3, p.618, n. 421, e p. 338, n. 218). Por outro lado, segundo decidiu com precisão o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, "... sendo o embargo prévio de natureza cautelar, a justificação prévia não se destina a julgamento, mas para prover-se ou não, consoante a necessidade de segurança. A justificação, como a citação para esta, poderá dispensar-se" (ac. unân. da 2<sup>a</sup> Câm., de 24.06.81, na ap. 36.278, rel.-des. Milton dos Santos Martins; *in Rev. de Jurisp. do TJ-RS*, v. 90, p. 266).

Assim, no caso, a desatenção ao princípio do contraditório, no tocante à realização da inspeção judicial para o deferimento da liminar, é absolutamente irrelevante, posto que de tal inspeção não se necessitaria para decidir-se como se decidiu.

No mais, cumpre reiterar, com o Ministério Público, que a alegada ofensa a direito líquido e certo do impetrante, porque inexistente no processo o mandado com poderes para a propositura da ação de nunciação, bem assim, porque não recolhidas as taxas judiciais, é de uma manifesta fragilidade, sem força alguma, para dar lastro ao pedido.

Tais as razões pelas quais se indefere a segurança.

Sala das Sessões do Tribunal de

Justiça da Bahia, 20 de setembro de 1989. Paulo Furtado – Presidente e Relator.

**SEPARAÇÃO CONSENSUAL.  
PETIÇÃO INICIAL. ASSINATURA DOS CÔNJUGES (ART. 1.120, § 2º, DO CPC).**

*Apenas a assinatura do advogado na inicial do pedido de separação consensual não basta para satisfação da exigência legal. A petição há de ser firmada por ambos os cônjuges: se antes do ajuizamento do pleito, reconhecidas as firmas por tabelião; se levada pessoalmente pelos separandos ao juiz, apostas na presença deste. Mas, em qualquer caso, sempre antes de iniciada a tramitação do feito, o que afasta a possibilidade de ser a vestibular assinada pelos cônjuges quando da audiência prevista no art. 1.122 do Código de Processo Civil. É que objetivou o legislador, com isto, a participação efetiva do casal no processo, do início ao fim, ciente do que pleiteia, atestando sua concordância quanto à partilha dos bens, quando avençada de logo, revelando, enfim, seu pleno e livre consentimento sobre a separação, evidenciando que conhece os aspectos que a envolvem e as consequências que acarreta. Eis porque se tem como melhor meio de obter-se tal finalidade a assinatura de próprio punho de ambos os interessados na petição.*

Ap. Cív. 370/89. Relator: Des. PAULO FURTADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 370/89, de Riachão do Jacuípe, em que são apelantes Manoel Moreira de Oliveira e sua mulher, Maria Dejanir Carneiro de Oliveira.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, e o fazem pelas razões seguintes.

Integram-se, pela sua propriedade, a este arresto os termos do parecer do Ministério Públíco, de fls. 58 a 60.

Com efeito.

Apenas a assinatura do advogado na inicial do pedido de separação consensual não basta para satisfação da exigência legal. A petição há de ser firmada por ambos os cônjuges: se antes do ajuizamento do pleito, reconhecidas as firmas por tabelião; se levada pessoalmente pelos separandos ao juiz, apostas na presença deste. Mas, em qualquer caso, sempre antes de iniciada a tramitação do feito, o que afasta a possibilidade de ser a vestibular assinada pelos cônjuges quando da audiência prevista no art. 1.122 do Código de Processo Civil. É que objetivou o legislador, com isto, a participação efetiva do casal no processo, do início ao fim, ciente do que pleiteia, atestando sua concordância quanto à partilha dos bens, quando avençada de logo, revelando, enfim, seu pleno e livre consentimento sobre a separação, evidenciando que conhece os aspectos que a envolvem e as consequências que acarreta. Eis porque se tem como melhor meio de obter-se tal finalidade a assinatura de próprio punho de ambos os interessados na petição.

Trazendo à colação ensinamento de Odilon de Andrade (*apud Comentários ao CPC*, v. 7, p. 353), aliás também invocado pelo douto procurador de Justiça, Sérgio Sahione Fadel assinala: "... segundo aquele eminentíssimo jurista, nem mesmo só pelo advogado é admissível a assinatura da petição, sem embargo de a vir aceitando a jurisprudência, pois se os cônjuges "estão nas condições de assinar e estarem presentes, têm de levar pessoalmente ao juiz sua petição", não se compreendendo "que se furtem à determinação legal de assinarem de próprio punho a petição" (*in Código de*

*Processo Civil Comentado*, Forense, 4.  
ed., 1983, v. 3, p. 329).

Tais as razões pelas quais se impõe  
negar provimento ao apelo, para chan-

celar a decisão alvejada com o recurso.

Sala das Sessões do Tribunal de  
Justiça da Bahia, 4 de outubro de 1989.  
Paulo Furtado - Presidente e Relator.

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA.

*Expressões ofensivas dirigidas ao magistrado em representação, afinal, arquivada. Inépcia da queixa por descrever dois fatos e enquadrá-los nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal. Inviolabilidade do advogado assegurada pelo art. 133 da Carta Magna. Alegações improcedentes. Ajustamento dos fatos descritos, à definição jurídica na oportunidade do art. 383, do Código de Processo Penal. É na sede da instrução criminal que os fatos devem ser sopesados para que se aquilate a inviolabilidade consignada no texto constitucional.*

H.C. 142/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 142/89, de Itamaraju, sendo impetrante o Bel. Raimundo Viana e pacientes os Béis. Evandro Jacobina Araújo, Noemia Jacobina Araújo, João Ademir Fontes de Araújo e Jacinta Tavares da Cunha.

Acordam os desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura, funcionando como Câmara de Férias, à unanimidade, em indeferir o pedido pelas razões seguintes.

Colhe-se das considerações expen-

didas na bem-elaborada inicial de fls. 2/6 que a impetração, sob exame, assenta-se no art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil vigente, sob enfoque, consequentemente, diverso do *habeas-corpus* anteriormente impetrado, com fundamento na imunidade judiciária dos pacientes, contemplada no art. 142, I, do Código Penal e repelida pela egrégia Segunda Câmara Criminal.

Por outro lado, também alude o ilustre impetrante a aspectos que poderiam ensejar o reconhecimento da inépcia da inicial acusatória. Esta ter-se-ia configurado por haver o denunciante descrito fatos a merecerem enquadramento nos arts. 139 e 140 do Código Penal, capitulando-os, afinal, nestes dois dispositivos e mais no art. 138 da mesma lei substantiva penal, acarretando embaraços à ampla defesa.

Como suporte da pretensão que objetiva o trancamento da ação penal contra os mesmos intentada, por ofensas morais ao Dr. Raimundo Alves de Souza, juiz de direito da comarca de Itamaraju, aduz o impetrante que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.88, fez inscrever em seu texto regra consagradora da inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133), ampliando, assim, os limites da imunidade judiciária que se insere no art. 142, I, do Código Penal, admitindo que os dois primeiros denunciados teriam agido em consonância com

Bahia For.	Salvador	v.34	p.161/217	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

o art. 87, I a X, da Lei 4.215, de 27.04.63, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, ao representarem contra o magistrado e em cuja representação usaram as expressões consideradas como ofensivas à honra.

A inicial se fez acompanhar da denúncia questionada.

Às fls. 19/21, as informações do ilustre juiz do primeiro grau, indicada autoridade coatora.

Colhido o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, manifestou-se sua exceléncia pelo indeferimento, por entender existir justa causa para a ação penal e, de referência ao último fundamento – imunidade ou inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações (art. 133 da Constituição Federal), conveniente seria que se aguardasse a instrução do processo, na forma e nos termos das decisões anteriores.

Este o relatório.

Sem qualquer fomento de razão a impetração.

Basta considerar-se que o imputado se defende é da acusação que se lhe faz e esta se subordina à subsunção dos fatos à norma incrimidora, de modo que o erro, ou inadequação, quanto à capituloção encontra a oportunidade do seu ajustamento, ou correção, nas hipóteses dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, de sorte que as alegativas da inicial, de referência à definição jurídica da conduta dos pacientes acusados, não têm o sentido de configurar a suposta inépcia.

Também, quanto à inviolabilidade invocada, com assento no art. 133 da Constituição Federal, improcede a pretensão de trancamento da ação penal.

Sem dúvida que a matéria é nova, mas se há de examiná-la à luz da construção pretoriana que se erigi, à exegese do art. 142, I, do Código Penal, que estabeleceria a imunidade judiciária. E o entendimento prevalente acerca de sua natureza ou essência é de constituir ela uma causa de exclusão de pena, ou da ilicitude do fato. De qualquer sorte, sem o sentido de acarretar de plano o trancamento da ação penal.

Do mesmo modo, afigura-se a imunidade, ou inviolabilidade do texto constitucional. Se traduz ela isenção de pena, ou excludente de criminalidade, como querem uns, ou de exclusão da ilicitude do fato, como querem outros, é na sede da instrução criminal que haverão de ser aquilatados os fatos para que seja proclamada, ou não, na sentença final.

Assim, indefere-se o writ.

Sala das Sessões, 12 de julho de 1989. Gérson Pereira – Presidente. Ivan Brandão – Relator.

#### **CONFLITO DE COMPETÊNCIA.**

*Não havendo sido praticado crime sujeito a foro especial, mas um delito comum, competente é o juízo da própria comarca para apreciá-lo e julgá-lo, e não o da auditoria militar.*

Conf. de Compet. 04/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de conflito de competência 04/89, de Jacobina, em que é suscitante o Dr. Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar e suscitado o Dr. Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Jacobina.

Acordam os desembargadores componentes das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente e acolhendo o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, como parte integrante de sua decisão, em julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo da Vara Crime da Comarca de Jacobina para processar e julgar o feito dele objeto, pelas razões adiante expandidas.

José Evangelista Rios e Dionísio de Jesus Vieira foram denunciados como incursos nas penas do art. 121, § 2º, III, do Código Penal, por haverem, no dia

15 de fevereiro de 1987, no interior da cadeia pública da cidade de Jacobina, espancado e seviciado Cláudio Francisco dos Santos, provocando a morte deste, conforme atesta o laudo de fls. 62 a 64 dos autos.

O MM. Juiz da Vara Criminal de Jacobina, *ex officio*, declinou de sua competência para a Vara da Auditoria Militar, entendendo, ao que parece, tratar-se de crime da alçada da justiça especial, pelo fato de serem os acusados policiais militares.

As fls. 75 e 76, o representante do Ministério Público junto à Auditoria Militar, em promoção, pleiteia a intimação das partes, com fulcro no art. 581, II, do Código de Processo Penal, medida que foi deferida pelo meritíssimo juiz-auditor, que determinou a remessa dos autos ao juízo de origem.

Cumprida a promoção, retornaram os autos com vista ao Ministério Públíco, tendo seu representante, com a peça de fls. 83 a 85, argüido a incompetência da Justiça Militar, uma vez que inexiste crime militar.

O meritíssimo juiz-auditor, às fls. 87 a 89, suscitou o conflito negativo de competência, pelas razões ali expostas.

O ilustre procurador de Justiça, em parecer de n. 1.441/89, entendendo que, “efetivamente, não se cuida de crime de natureza militar”, opina no sentido de que seja acolhido o conflito, para que seja declarado competente o Juízo de Direito da Comarca de Jacobina.

Tudo visto e devidamente analisado.

O Exmo. Sr. Dr. Juiz da Vara de Auditoria Militar suscita conflito negativo de competência contra a decisão do Dr. Juiz da Vara Crime da Comarca de Jacobina, uma vez que este dera-se por incompetente, em processo que apura sevícias praticadas por dois policiais militares, contra um preso, na cadeia pública de Jacobina, remetendo os autos à Auditoria Militar. O *a quo* suscitante entende que, não estando os militares em função policial ou fardados, inexiste crime militar e o foro privilegiado não se justifica.

No parecer 1.441, o ilustre procurador de Justiça opina pelo acolhimento do conflito, sendo declarada a competência da Justiça comum.

De fato, falece competência à Justiça Militar para o julgamento do feito do qual é objeto este conflito, pois o crime praticado pelos acusados não pode ser enquadrado entre os chamados crimes militares. Como bem gizaram os representantes do Ministério Públíco, em primeira e segunda instâncias, e o meritíssimo julgador suscitante, não se encontravam os réus em serviço de policiamento ostensivo, ou, sequer, fardados, não sendo praticado, portanto, um crime sujeito a foro especial, mas um delito comum, apurável e punível pelo juiz criminal da própria comarca.

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônicas com o pronunciamento da dnota Procuradoria de Justiça, decidiram as Câmaras Criminais Reunidas, à unanimidade, considerar procedente o conflito e considerar competente, para processar e julgar o feito dele objeto, o Juízo da Vara Crime da Comarca de Jacobina.

Salvador, 6 de dezembro de 1989.  
Jorge Fernandes Figueira – Presidente.  
Jayme Bulhões – Relator.

#### REVISÃO CRIMINAL.

*Revisão criminal, visando a redução de pena, já deferida em grau de apelação. Indeferimento do pedido revisional.*

Rev. Crim. 05/88. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de revisão criminal 05/88, de Salvador, em que é requerente o Bel. Luiz Silva Queiroz e réu José Carlos Souza da Cruz.

Acordam os desembargadores componentes das Câmaras Criminais

Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente, mas contrariando, em parte, o parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, em indeferir o pedido, pelas razões adiante expendidas.

José Carlos Souza da Cruz foi condenado, no Juízo Criminal da 11<sup>a</sup> Vara Crime desta Capital, por haver infringido os arts. 157, § 3º, última figura, e § 2º, II, cumulado com art. 44, II, i, segunda figura, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 21 anos de reclusão e multa de Cr\$9.000,00.

Irresignado, apelou do *decisum*, dando-se provimento, em parte, ao apelo, por unanimidade, sendo excluído o aumento de pena decorrente do § 2º do art. 157 do Código Penal e fixada a nova pena em 16 anos de reclusão e Cr\$6.000,00 de multa.

Transitada em julgado a decisão, José Carlos Souza da Cruz, por seu advogado, ajuizou a presente revisão criminal, requerendo a reforma da sentença, por ter o julgador negado vigência ao parágrafo único dos arts. 48, em vigor na época, e 26, ambos do Código Penal, pleiteando, consequentemente, redução da pena-base.

A doura Procuradoria de Justiça, em parecer 1.547/88, opina pelo deferimento parcial, para ser cancelado o aumento da pena do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Tudo visto e devidamente analisado.

José Carlos Souza da Cruz requer revisão criminal, estribando-se em que o meritíssimo *a quo* desconheceu o disposto no art. 48 do Código Penal, antes da reforma de 84, deixando de examinar as circunstâncias judiciais (atual art. 59 do diploma legal), para a aplicação da pena-base. Alega, também, ter sido coagido ao crime e que não lhe foi aplicada atenuante, quando o fora ao co réu Everaldo Caetano de Souza.

Como bem gizou o ilustre procurador de Justiça, a atenuante que beneficiou Everaldo Caetano de Souza não se comunica ao requerente, por ser perso-

nalíssima e não elementar do crime.

Quanto à coação, também se louvou a Câmara no parecer do douto representante da Procuradoria, ao dizer que não há qualquer fato novo trazido à colação pelo requerente. Subsistem as mesmas provas que o condenaram na primeira instância e que fizeram com que a colenda Segunda Câmara Criminal confirmasse a decisão, não tendo sido esquecida qualquer circunstância relevante para a fixação da pena-base.

No tocante à exclusão do aumento de pena, pleiteado pelo ilustre procurador, *data venia*, é descabido, uma vez que o acórdão da egrégia Segunda Câmara já determinara tal providência, tendo reduzido a pena do requerente para 16 anos de reclusão e multa, redução esta que constou da Carta de Guia remetida à Penitenciária do Estado, pela doutora juíza das Execuções Penais e resultou do venerando acórdão de fls. 450 a 455 (v. 2), da lavra do eminentíssimo desembargador Costa Pinto.

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, decidiram as Câmaras Criminais Reunidas, sem voto divergente e harmônicas, em parte, com o parecer da doura Procuradoria de Justiça, indeferir, integralmente, o pedido formulado em favor de José Carlos de Souza Cruz.

Salvador, 5 de abril de 1989. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Jayme Bulhões – Relator.

*REVISÃO CRIMINAL. PROCEDIMENTO JUDICIALEFORME. ACUSADO PRESENTE E NÃO INTIMADO REGULARMENTE PARA INTERROGATÓRIO. NULIDADE DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.*

*A falta de interrogatório, estando presente o acusado, importa nulidade. Havendo transcorrido prazo superior ao previsto no Código*

*go Penal para a prescrição antes de transitar em julgado a sentença, declara-se a extinção da punibilidade.*  
Rev. Crim. 04/88. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de revisão criminal 04/88, de Salvador, sendo requerentes os Béis. Elvira Navarro e Genaldo Lemos do Couto e réu Normando Mendes Navarro.

Verifica-se do relatório de fls., que passa a integrar o presente, haver o revisionando postulado a nulidade do processo que o condenou a dois meses de detenção como incurso nas penas do art. 129, § 6º, do Código Penal ou a sua absolvição em razão das provas existentes.

Na ação penal (fl. 27), após o oficial incumbido da diligência certificar-se que não encontrara o edifício onde morava o réu, o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito determinou, após positivada a não-realização da audiência para o interrogatório, a intimação do defensor (conforme consta do termo de qualificação de fl. 5) para prosseguir na defesa. Em favor do acusado, não foi apresentada defesa prévia, segundo certidão de fl. 29. A audiência de debate oral e julgamento somente se realizou após a terceira tentativa. Nas anteriores, o doutor defensor não compareceu. Nela, o doutor defensor arguiu vícios e erros do processo, levando o acusado à condição de revel. Disse que constava o endereço exato do acusado na portaria e no registro da ocorrência (fls. 2 e 3), continuando o réu a residir no mesmo endereço. Produziu, então, a defesa do acusado e pediu a nulidade do processo. Ao decidir, entendeu o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito ter sido o acusado regularmente citado para se ver processar, até julgamento final (fl. 38).

Devidamente qualificado no procedimento judicialeforme, do mandado com o qual foi intimado o acusado para interrogatório, constou o endereço existente no termo de qualificação –

Jardim Pituba – e não o da portaria da autoridade policial e do registro da ocorrência – Parque Júlio César. Daí a certidão do oficial de justiça incumbido da diligência, afirmando a existência de três jardins Pituba e a não-localização do Ed. Flávio.

Na audiência de instrução, debate e julgamento, foi esclarecido o endereço do acusado. Todavia, o Exmo. Sr. Dr. Juiz não considerou a alegação, deixando de mandar intimar o réu para interrogatório, preferindo ultrapassar a argüição de nulidade do processo, com fundamento de que houve citação regulilar para se ver processar.

Sublinhe-se que no caso dos autos, salvo a defesa na oportunidade de audiência de instrução, debate e julgamento, nenhuma outra prova foi produzida em favor do réu. Se dos autos constava o seu endereço certo, segundo afirmou o doutor defensor, o seu interrogatório se impunha, sob pena de nulidade do processo, a partir da intimação.

A omissão do interrogatório do acusado, estando presente como se evidencia, acarreta nulidade prevista no art. 564, III, e, do Código de Processo Penal. Dela decorreu, sem medo de equívoco, prejuízo para o acusado, cuja defesa ficou comprometida, porque não exercitada com a amplitude que lhe assegura a Constituição Federal.

O parecer da dota Procuradoria, após examinar o processo, opinou pela sua nulidade, a partir da intimação para o interrogatório e, dado o decurso dos anos, ser declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, mandando-se arquivar os autos, com comunicação aos órgãos competentes, como de lei.

À vista das provas coligidas e da inexistência de interrogatório do acusado, estando ele presente, conforme se comprovou, a declaração de nulidade do processo é inevitável (art. 564, III, e, CPP).

Por outro lado, segundo dispõe a lei substantiva penal, extingue-se a punibilidade pela prescrição (art. 107, IV, CP). Na hipótese dos autos, isto é, antes de transitar em julgado a sentença final, a

prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.

O máximo da pena atribuída ao acusado é de um ano, aumentada de 1/3, ou seja um ano e quatro meses de detenção (art. 129, §§ 6º e 7º, CP), verificando-se a prescrição em quatro anos (art. 109, V, CP).

Cuida-se de procedimento judicialeforme, iniciado por portaria da autoridade policial, pertinente a fato ocorrido no dia 21.05.78, termo inicial da prescrição (art. 111, CP). Há, portanto, *in casu*, tempo superior ao previsto em lei para ocorrer a prescrição.

Em qualquer fase do processo, reconhecida a extinção da punibilidade, deve o juiz declará-la de ofício (art. 61, CPP).

Ultrapassado, como se demonstrou, o prazo dentro do qual seria lícito ao Estado exercer o direito de exigir a aplicação da pena, opera-se a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva.

Assim e à vista dos preexpostos fundamentos, acordam os desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em declarar nulo o processo a partir da intimação do acusado, inclusive, em consequência, declarar extinta a punibilidade do acusado, pela prescrição da pretensão punitiva.

Sala das Sessões, 3 de maio de 1989. Falzac Soares – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

## RELATÓRIO

Normando Mendes Navarro, brasileiro, casado, comerciante, com endereço na rua Demétrio Tourinho, 210/702, Edif. Itaúna, Jardim Apipema, nesta Capital, devidamente representando, com fundamento nos arts. 621, I e III, 622 e segs. do Código de Processo Penal, requereu a revisão dos autos da ação penal 258/78, que tramitou na Vara de Acidentes de Veículos, nesta Capital, objetivando: a) declaração de

nulidade do processo penal, posto que se relegou a plano secundário a necessidade legal do interrogatório do acusado, ou, b) a sua absolvição, em face das provas carreadas para os autos.

Após reportar-se ao acidente de veículos que determinou a apuração da responsabilidade do revisionando perante a autoridade policial, com a expedição da competente portaria, deteve-se na tramitação da ação penal perante a 1ª Vara de Acidentes de Veículos, onde não se procedeu, como exige a lei, à citação do requerente para interrogatório nem se produziu qualquer gênero de provas, sequer repetindo-se os depoimentos das testemunhas ouvidas na delegacia. Assim, encerrada a instrução, foi o revisionando condenado a dois meses de detenção, sem sequer lhe ser concedido o benefício do *sursis*.

Somente com a sua prisão – da qual se livrara porque a pena já estava prescrita – é que tomara conhecimento de que do acidente, do qual saíra vitimado, resultara processo-crime, correndo à sua revelia. A partir de então soubera da irregular situação procedural e dos vícios que macularam a ação penal.

Invocado o inc. I do art. 621, afirma que a evidência dos autos não condiz com a condenação. Com base no inc. II, esclarece que o depoimento de Mário Augusto Serra, à fl. 09, é falso porque ele é o verdadeiro causador e responsável direto pelo evento, acusado e não vítima; com base no inc. III, esclarece que, após a sentença, descobriu contundente prova de sua inocência, nos termos do laudo de exame pericial que exibiu.

Formulou o pedido alternativo, como anteriormente exposto. Após cumprida a diligência da requisição dos autos da ação penal, colheu-se o parecer da dota Procuradoria, cuja conclusão, após examinar o processo à luz da doutrina e da legislação pertinente, concluiu pela anulação do processo da ação penal, a partir da intimação e, dado o decurso do tempo, pela extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva.

Os autos me vieram conclusos. Após estudá-los devidamente, lancei o presente relatório e os submeti ao crivo do eminente desembargador-revisor.

Salvador, 13 de fevereiro de 1985.  
Raymundo Vilela - Relator.

#### CRIME DE NATUREZA MILITAR.

*Crime de natureza militar, julgado pelo Conselho Especial de Justiça da Auditoria Militar estadual. Absolvição mantida, pela inexistência de provas que justificassem a condenação do acusado.*

Ap. Crim. 164/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 164/89, oriundos do Juízo de Direito da Justiça Militar desta Comarca de Salvador, em que é apelante o doutor representante do Ministério Público junto à referida vara e, apelado, Pedro César Arcanjo dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente e acolhendo o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça como parte integrante de sua decisão, em negar provimento ao apelo interposto, para manter a decisão recorrida, pelas razões adiante expostas.

Pedro César Arcanjo dos Santos, major PM, foi denunciado como incursão nas sanções dos arts. 205, § 2º, IV, combinado com o art. 70, d, g, i, l e m e art. 206, § 1º, combinado com o art. 79, todos do Código Penal Militar, por haver, no dia 19 de junho de 1987, quando de uma diligência visando a captura dos participantes do tiroteio que resultou em lesões no tenente Paulo Marcos Amorim Cunha, no Alto das Pombas, nesta Capital, provocado a morte dos presos

Paulo Sérgio Ferreira Sales e Carlos Alberto Borges, que se encontravam sob a sua custódia, conforme atestam os laudos de fls. 373 a 376 dos autos.

O Ministério Público, por seu representante, nas alegações finais, argüindo terem restado provadas a autoria e a materialidade do delito, requer a condenação do acusado, nos termos da peça vestibular.

A defensoria, na mesma oportunidade, sustentando que a denúncia não resultou provada, peticiona a absolvição do major Pedro César Arcanjo dos Santos.

Em decisão de fls. 600 a 604, o Conselho Especial de Justiça da Auditoria Militar estadual houve por bem, à unanimidade, absolver o réu, com base no art. 439, c, do Código de Processo Penal Militar, por

“não existir prova suficiente de ter o acusado concorrido para a infração penal”.

Irresignado com o *decisum*, o representante do Ministério Público interpoz recurso de apelação, com fulcro no art. 526 do Código de Processo Penal Militar.

A defesa, em contra-razões, pugna pela manutenção do decisório.

O ilustre procurador de Justiça, no parecer 1.573/89, opina pelo improvisoamento do apelo, entendendo que não restou provada, estreme de dúvidas, a autoria dos delitos imputados ao apelado, salientando que o “apelado foi vítima de um erro de cálculo ou observação, supondo situação de fato que, se existisse, tornaria lícita a decisão que tomou e, dessa maneira, *ex vi* do disposto no art. 36 do Código Penal Militar, está isento de punição”.

Tudo visto e devidamente examinado.

O Ministério Público, por seu representante na Auditoria da Justiça Militar estadual, inconformado com a decisão do Conselho Especial de Justiça, que absolveu o major PM Pedro César Arcanjo dos Santos da imputação de prática dos delitos previstos nos arts.

205, § 2º, II, combinado com o art. 70, d, g, i, l e m e art. 206, § 1º, combinado com o art. 7º, todos do Código Penal Militar, interpôs apelo, sustentando que a sentença contrariou a prova dos autos.

A defesa, em contra-razões, pugna pela manutenção da decisão atacada.

O ilustre procurador de Justiça, no parecer 1.573, opina pelo improvimento do apelo, entendendo que não restou provada, estreme de dúvidas, a autoria dos delitos imputados ao apelado, enfatizando que "a sentença recorrida está a salvo de reforma, segundo o determinado na Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal".

De fato, como bem colocou o eminente advogado de defesa e gizou o ilustre procurador de Justiça, o *onus probandi* cabia ao acusador, à Justiça Pública, que deveria provar de maneira clara e indubitável a autoria do crime. Isso, entretanto, não se deu, pois, sequer, conseguiu a acusação comprovar que o apelado portava a arma tida como o instrumento do crime.

Assim, também, deixou de provar que a vítima, "Nêgo", não se encontrava ferida quando foi presa; que os delinqüentes apresentavam sinais de ferimentos graves e, principalmente, que o apelado atirou no marginal vitimado. Falhou em todos os pontos a acusação, mas, justiça seja feita, não por culpa do ilustre promotor da Auditoria Militar, que nada pôde fazer senão dar andamento ao processo.

Entretanto, provou-se, isso sim, que a interferência política e as pressões dos meios de comunicação e de segmentos populares, contribuem, apenas, para a propaganda indevida do fato, em detrimento do correto e cuidadoso procedimento inquisitório. Não houvesse o estardalhaço e a premência de resultados imediatos, decerto teríamos uma peça informativa conscienciosa e cuidadosa, investigações minuciosas e dirimentes de dúvidas e, não, a babel em que se constitui o inquérito, culminando na inexistência de provas aceitáveis e dignas de fé.

No entanto, assim não se deu e, inexistindo provas cabais a incriminarem o apelado, lógica e justa é a sua absolvição, com base no *in dubio pro reo*, sendo a decisão do Conselho escorreita e plenamente legal, com fundamento de

"não existir prova suficiente de ter o acusado concorrido para a infração penal", ou seja considerou não provadas as acusações contidas na denúncia.

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, decidiu a Câmara, pela unanimidade dos seus componentes, manter a decisão do Conselho Especial de Justiça da Auditoria Militar estadual que, à vista do disposto no art. 439, c, do Código de Processo Penal Militar, absolveu o apelado, por não existir prova suficiente para a sua condenação.

Salvador, 13 de março de 1990.  
Raymundo Vilela - Presidente. Jayme Bulhões - Relator.

#### EXCESSO PRAZAL.

*Habeas-corpus*, sob a alegação de excesso de prazo na instrução do processo-crime a que responde o paciente. Confirmada a argüição, inclusive pelas informações do juiz, deferem-se a ordem requerida.

H.C. 328/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 328/89, de Jacaraci, em que é impetrante o Bel. Ayer David Cerqueira e paciente Jesus Souza Pinto.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente, acolhendo como parte integrante de sua decisão

o parecer emitido pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça e levando em consideração os informes prestados pelo juiz, em deferir a ordem requerida, pelas razões adiante expostas.

O Bel. Ayer David Cerqueira, na condição de advogado, requereu *habeas-corpus*, em favor de Jesus Souza Pinto, a quem também qualificou, alegando, para tanto, excesso de prazo na instrução do processo-crime a que este responde perante o juízo da comarca de Jacaraci, considerando que, preso desde 1º de abril de 1988, até agora apenas foi o mesmo interrogado.

Solicitadas informações à autoridade judiciária indigitada como coautora, prestou-as o Dr. Francisco de Oliveira Bispo, na conformidade do ofício de fls. 12 a 13, confirmando o retardamento da instrução do feito a que responde o paciente, esclarecendo ser o mesmo "menor de 21 anos, réu primário e de bom comportamento carcerário".

Com vista dos autos, o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça exarou o parecer de fls. 19 a 20, concluindo pelo deferimento da ordem impetrada, tendo em vista que "o paciente não é perigoso, não tem antecedentes desabonadores e está ilegalmente preso, tanto pela existência de injustificado excesso prazal na formação da culpa, como por ter sido imperfeita a lavratura do respectivo auto de flagrante".

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o pronunciamento do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça e levando em conta os informes prestados pelo juiz, que não deu causa ao retardamento do processo, pois funciona há pouco tempo na comarca, decidiu a Câmara, pela unanimidade dos seus componentes, conceder a ordem impetrada, para que o paciente possa responder ao processo em liberdade.

Salvador, 20 de fevereiro de 1990.  
Raymundo Vilela - Presidente. Jayme Bulhões - Relator.

**EXCESSO PRAZAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RESTABELECIMENTO ILEGAL DE PRISÃO. REVOGAÇÃO DA PREVENTIVA. CONFIGURAÇÃO DOS FUNDAMENTOS. INDEFERIMENTO DA ORDEM.**

*O restabelecimento da prisão através de recurso estrito, forma não-prevista em lei, caracteriza constrangimento ilegal. Por outro lado, embora condenáveis certos expedientes da defesa, cumpre ao magistrado rechaçá-los para impedir que se transmudem em injustificável excesso de prazo.*

H.C. 205/89. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 205/89, de Salvador, sendo impetrante o Bel. Artur José Pires Veloso e paciente Antônio Elasbão de Oliveira.

A autoridade apontada como coautora é o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 11ª Vara Crime, e dupla a fundamentação – prisão ilegal em consequência de decisão judicial que, em recurso não-previsto em lei, restabeleceria prisão já revogada (fls. 42 e 47) e excesso de prazo na instrução criminal, visto que o processo iniciado em 1985 só teve interrogatório três anos após a denúncia. A Justiça pública juntara cópia xerox de um outro inquérito, na 9ª Vara, por sinal já arquivado por falta de provas, e a sua prisão fora decretada.

Em 10 de novembro de 1988 a egrégia Segunda Câmara concedeu *habeas-corpus* em favor de Raimundo Severiano Palhares, outro acusado, devido a excesso de prazo. O então juiz em exercício na 11ª Vara Criminal, sem audiência do Ministério Público, revogou a preventiva.

Em 9 de março de 1989, a douta promotora recorreu em sentido estrito (art. 581, V, CPP). O Exmo. Sr. Dr. Juiz reformou a decisão e restabeleceu a

prisão do paciente.

As informações da autoridade apontada como coatora confirmam, de um modo geral, as razões da impetração.

Em duas oportunidades, a douta Procuradoria apreciou os fundamentos da impetração e concluiu pelo deferimento da ordem.

Efetivamente, em 18 de novembro de 1988, o paciente teve a sua prisão preventiva revogada pelo então juiz substituto em exercício na 11ª Vara Criminal. Quatro meses após, a doutora representante do Ministério Público, em 9 de março de 1989, recorreu em sentido estrito (art. 581, V, CPP).

Conclusos os autos, o então titular da vara houve por bem reformar a decisão do seu substituto e restabelecer a prisão anteriormente revogada.

Ora, a casuística do art. 581 do Código de Processo Penal não contempla a espécie, isto é, não admite recurso contra despacho que revoga prisão preventiva. Assim, a liberdade concedida ao paciente não poderia ser cassada via recurso estrito, sendo com fundamento no art. 581, V, do Código de Processo Penal. No caso, configura-se indisfarçável constrangimento ilegal, justificando a concessão da ordem.

O excesso de prazo, de igual modo, é evidente. Cuida-se de ação penal, dando o paciente como inciso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, iniciada em setembro de 1985. Estando, desde então, o réu preso, não há como justificar o atraso, ainda que sejam reprováveis certos expedientes da própria defesa, como relata o Exmo. Sr. Dr. Juiz em suas informações. Mas, de qualquer modo, cabe ao magistrado repelir manobras com o deliberado propósito de procrastinar o feito.

Entretanto, como bem acentuou o parecer da dota Procuradoria, por ambos ou por qualquer dos dois fundamentos, o deferimento da ordem é irrecusável.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem diver-

gência de votos, em deferir a ordem.

Sala das Sessões, 12 de dezembro de 1989. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

**FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE. AUSÊNCIA DO EXAME DE CORPO DE DELITO DIRETO. CHEQUE SEM FUNDOS EMITIDO COMO GARANTIA DE DÍVIDA. INEXISTÊNCIA DO DELITO. COMPROVAÇÃO EVIDENCIADA, NOS AUTOS. CONDENAÇÃO INJUSTA. PROVIMENTO DO APELO.**

Ap. Crim. 40/90. Relator: Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 40/90, de Salvador, em que é apelante Jonas de Santana e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça da Bahia, integrante neste relatório de fls., em rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao apelo, à unanimidade.

Preliminarmente, nega-se acolhimento da preliminar de nulidade do processo, por falta de exame de corpo de delito direto, uma vez que não se levou a exame pericial grafotécnico o cheque de fl. 10, meio de que teria se utilizado o apelante para a fraude, na espécie do delito que lhe é imputado, art. 171, § 2º, IV, do Código Penal brasileiro, fraude no pagamento por meio de cheque.

Certo é que a infração que deixa vestígios deve ser comprovada por meio do exame de corpo de delito direto, no preceito do art. 158 do Código de Processo Penal, admitindo-se o indireto, quando os vestígios desaparecem, con-

soante prevê o art. 167 do referido diploma processual.

A jurisprudência pátria vem admitindo, contudo, mesmo nos casos de permanência dos vestígios, a desnecessidade do exame de corpo de delito direto, quando o indireto não se constitui, apenas, de testemunhos. É o caso dos autos. Além dos testemunhos, fls. 213, 220 e 31, impõe-se a evidência de um cheque reconhecido pelo banco como autêntico, sem dúvida sobre a assinatura do emitente, o apelante, contra o que nunca se opôs. Vejam-se, inclusive, os carimbos apostos pelo Banorte e Baneb. A certeza se impõe, sem a menor dúvida, quanto à emissão do cheque, por parte do apelante, incorreto, assim, qualquer detimento à sua defesa.

Quanto ao mérito, impõe-se o provimento do apelo, pelas razões oferecidas no parecer da douta Procuradoria de Justiça, às fls. 358 a 361, ora, adotadas, na forma regimental.

Em verdade, está comprovado que a emissão do cheque, dado pelo apelante, como pagamento pela compra de um telex (veja-se o verso, fl. 10), deu-se em 14 de julho de 1987 e o depósito, na conta do beneficiário e vítima, só ocorreu no dia 28 de agosto do mesmo ano, o que, de logo, deixa, pelo menos, dúvida, tivesse sido emitido para imediato resgate, como ordem de pagamento à vista. Esta dúvida é dissipada, ante a afirmativa da vítima, na "queixa" de fls. 4 a 7, precisamente, à fl. 5, quando diz que, antes da apresentação do cheque, foi procurado pelo advogado do apelante, solicitando-lhe aguardar "por alguns dias para o saque do dito cheque, no que foi atendido..."

É firme a jurisprudência e o entendimento doutrinário, no sentido que, ainda que o cheque tenha sido emitido como ordem de pagamento à vista, de sua natureza, o fato de o beneficiário atender a solicitação posterior à emissão (qualquer tempo), por parte do emitente, para aguardar o resgate ou saque, por qualquer tempo, para a provisão suficiente de fundo, desvirtua a finalidade

do cheque, tornando-se, apenas, uma garantia de dívida, o que, consequentemente, descaracteriza o delito de fraude no pagamento por meio de cheque. É que a fraude se esborrou, com o assentimento do beneficiário, à evidência, porque cientificado da inexistência de provisão de fundos em poder do sacado.

A concordância está patenteada, ainda, pela demora no depósito do cheque, como visto, confissão nas declarações do representante da vítima, às fls. 220 a 222. Observe-se que no cheque está anotado: "Favor não reapresentar".

E não se diga que o cheque foi dado, quando a conta do apelante no Baneb já estava encerrada. Não é verdade. O exame do verso do cheque deixa claro que a primeira devolução foi em decorrência de falta de provisão de fundos, letra *a*, e não por encerramento de conta, o que só ocorreu em 6 de janeiro de 1988. Assim, não há, até mesmo, como se considerar o delito no seu tipo fundamental, art. 171, *caput*, do Código Penal.

Emissão e entrega de cheque sem fundos em pagamento de dívida ou o aviso de falta de fundos ao beneficiário, após a emissão, visando prorrogação para o saque, consentida, desvirtuam a natureza da cambial e, consequentemente, não realiza o crime tipificado no art. 171, § 2º, IV, do Código Penal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo, à unanimidade.

Salvador, 18 de setembro de 1990.  
Jorge Fernandes Figueira – Presidente e Relator.

#### HABEAS-CORPUS.

*Alegação de falta de justa causa infirmada pela juntada do decreto de prisão preventiva, admitindo a participação do paciente em assalto. Indeferimento da ordem impetrada, com recomendações.*

H.C. 412/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 412/89, de Ruy Barbosa, em que é imetrante o Bel. José Anchieta da Luz e paciente Agnaldo Marcolino de Souza.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente, acolhendo o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça como parte integrante de sua decisão e levando em consideração os informes prestados pelo juiz, em denegar a ordem requerida, pelas razões adiante expostas.

O Bel. José Anchieta da Luz, na condição de advogado, requereu *habeas-corpus* perante o juiz de direito da comarca de Ruy Barbosa, em favor de Agnaldo Marcolino de Souza, ao qual também qualificou, apontando a autoridade policial local como coatora e alegando falta de justa causa para a manutenção da prisão do paciente supramencionado, que não contribuirá, de qualquer maneira, para os assaltos ocorridos naquela cidade.

A doutora juíza a quem foi endereçado o pedido solicitou informações ao senhor delegado de polícia, indigitado como autoridade coatora.

Certificado, pela senhora escrivã, que as informações não haviam sido prestadas, a doutora juíza substituta mandou anexar aos autos cópia autenticada do decreto de prisão preventiva exarado contra diversas pessoas envolvidas em assaltos, inclusive o paciente e, a seguir, conclusos os autos, ao Dr. Ricardo Pires Gouvêa, juiz substituto, que se considerou incompetente para julgar o pedido, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça.

Posteriormente, o senhor delegado de polícia informou à doutora juíza titular da vara-crime, em resposta ao pedido desta, que Agnaldo Marcolino de Souza encontrava-se preso, preventivamente, em cumprimento de ordem judicial, na conformidade do mandado cuja cópia anexou ao ofício de fl. 11.

Aqui recebidos os autos e solicitadas informações ao juiz da vara-crime da comarca de Ruy Barbosa, estas foram prestadas, nos termos do ofício de fls. 16 a 18.

Com vista dos autos, a seguir, o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça emitiu o parecer de fls. 20 a 21, concluindo pelo indeferimento do pedido, tendo em vista que "a custódia prévia se fazia necessária, por existir autorias certas e manifestos perigo e risco para a instrução criminal, tanto assim que um dos comparsas já foragiu do Complexo Policial da Cidade de Itaberaba" e que "o paciente responde por prática de assalto, na modalidade de cooperação com o fornecimento de armas", entendendo, ao final, que o indeferimento seja feito com recomendações ao juiz.

Em face dos pré-expostos fundamentos e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o parecer da dota Procuradoria de Justiça e levando em consideração os informes prestados pela doutora juíza da comarca de Ruy Barbosa, decidiu a Primeira Câmara Criminal, pela unanimidade dos seus componentes, denegar a ordem requerida, com recomendações no sentido de que seja, quanto antes, concluída a instrução e julgado o processo a que responde o paciente Agnaldo Marcolino de Souza.

Salvador, 19 de dezembro de 1989.  
Jatahy Fonseca - Presidente. Jayme Bulhões - Relator.

**HOMICÍDIO CULPOSO. DELITO DE TRÂNSITO. CULPA DA VÍTIMA. VELOCIDADE COMPATÍVEL COM A SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO DOAPELO.**

*Age com imprudência o motociclista que, em zona urbana de grande movimentação de veículos e pedestres, conduz o seu veículo em velocidade, que não lhe permite*

*freá-lo de pronto, ante a presença de alguém que, mesmo imprudentemente, tenta cruzar a pista, especialmente, quando não é habilitado. Condenação mantida. Improvimento do apelo.*

Ap. Crim. 08/90. Relator: Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 08/90, de Itabuna, sendo apelante Edvaldo Pinheiro dos Santos e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Pela sentença de fls. 44 a 48, Edvaldo Pinheiro dos Santos, nestes autos qualificado, foi condenado ao cumprimento da pena de um ano e quatro meses de detenção, substituída pela restritiva de direito, prevista no art. 43, I e multa, § 2º do art. 60 do Código Penal brasileiro.

O apelante respondeu à ação penal, instaurada por portaria da autoridade policial, como incursa nas penas do art. 121, § 3º, do Código Penal brasileiro, porque no dia 13 de maio de 1987, por volta das 11 horas, atropelou Vitório Magalhães de Carvalho, com uma motocicleta Yamaha, RX 180, de placa policial XP-468-BA, quando trafegava na Av. Ibicaraí, na cidade e comarca de Itabuna, causando-lhe as lesões que são descritas no laudo de exame cadavérico de fl. 28 a verso e que lhe deram a morte, por traumatismo craniencefálico.

O *decisum* evidenciou a culpa do apelante por imprudência, uma vez que dirigia uma motocicleta em velocidade incompatível com a segurança, em local de grande movimento de pedestres e veículos, além de imperícia, porque não-habilitado.

Inconformada, apela a defesa a tempo, fls. 52 a 56, onde argüi que a culpa pelo evento danoso coube à vítima, inexistência de prova no sentido de que o apelante dirigia em velocidade incompatível com a segurança, além de não ser aplicável ao caso a qualificadora de "omissão de socorro", visto como, no local, existiam outras pessoas que socorreram a vítima.

O Ministério Público, pelo seu representante na comarca, defende a sentença, fls. 59 a 60.

Nesta superior instância, o doutor procurador de Justiça, em parecer de fls. 64 a 65, opina pelo improvimento do apelo, visto como os autos demonstram a imprudência e imperícia do apelante, dando causa ao evento que, por sua vez, levou a vítima à morte.

É o relatório.

Se comprovada estivesse, nos autos, a culpa da vítima, Vitório Magalhães de Carvalho, em cruzar a pista de grande movimento de trânsito sem as devidas cautelas, esse fato não isentaria o apelante da culpa, uma vez que inexistente, no nosso sistema penal, compensação de culpa.

A sentença, por outro lado, não presumiu a culpa do apelante, mas avaliou os fatos comprovados nos autos e, sob evidência, demonstrou a sua imprudência, dirigindo uma motocicleta em local onde reconhece existir grande número de pedestres (interrogatório de fl. 19), em velocidade incompatível com a segurança. Não se trata de determinar, em números, a quilometragem/horária, que desenvolvia o apelante, o que, certamente, só se obtém mediante pericia; trata-se, sim, e isso é o bastante para a caracterização da culpa por imprudência, do fato que, fosse qual a velocidade desenvolvida, não era compatível com a segurança do local, visto como ficou evidenciado que, mesmo em vendo a presença de um pedestre vacilante ao cruzar a pista, não conteve a sua motocicleta, mas a acelerou (fl. 19) a ponto de atingi-lo, causando-lhe traumatismo craniencefálico e fratura do tornozelo esquerdo, consoante demonstra o laudo

tanatoscópico de fl. 28 a verso.

As vias públicas não são pistas de corrida, onde "salve-se quem puder", ante a pressa incontida de quem não respeita a vida e a integridade física alheias. E para que a pressa?

Acertado é o juízo da sentença, em lógico raciocínio, que levou a uma conclusão que não merece censura.

A falta de habilitação, por si mesma, não caracteriza imperícia e, por isto, não é esta presumível. No entanto, caberia à defesa comprová-la e não o fez. Nessas circunstâncias, sem habilitação o apelante, concluiu bem a sentença pela imperícia, o que, aliás, encontra arrimo na prova, ante seu comportamento na pista, onde não consta houvesse qualquer empecilho para um desvio da moto, evitando o apelante o danoso acidente.

Quanto ao excesso de apenação, decorrente da qualificadora de "omissão de socorro", não encontra apoio o apelo. O *decisum* refere-se a ele como mero critério para avaliação da circunstância judicial que diz respeito à personalidade do apelante nas circunstâncias, e não como qualificativa, § 4º do art. 121 do Código Penal. Por isto não individualizou aumento especial de pena.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Salvador, 29 de maio de 1990.  
Raymundo Vilela – Presidente. Jorge Fernandes Figueira – Relator.

**JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PROVA INDICIÁRIA INSUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. OPÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIÇA. IMPROVIMENTO DO APELO.**

*Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri que desacolhe prova indiciária e nega a autoria, desde que encontre apoio no conjunto probatório.*

Ap. Crim. 134/89. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 134/89, de Itagibá, sendo apelante o Ministério Públíco e apelada Isabel Florinda Gomes.

Denunciada e pronunciada como incursa nas penas do art. 121, § 2º, I, (parte final) e II, c/c o art. 25, todos do Código Penal, o Tribunal do Júri da comarca de Itagibá negou, por unanimidade, houvesse Isabel Florinda Gomes participado do homicídio de Augusto Araújo Gomes, seu esposo, sendo a ré absolvida, tudo conforme consta do relatório de fls., que passa a integrar o presente.

A irresignação do zeloso representante do Ministério Públíco é contra o desprezo, pelo Conselho de Sentença, de "inatacáveis indícios incriminatórios", provando haver sido Isabel Florinda Gomes a autora intelectual do homicídio de Augusto Araújo Gomes. Negando a autoria, absolveu-a, conseqüentemente.

O parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, aplaudindo o apelo, concluiu pelo seu provimento, para que a apelada seja submetida a novo julgamento, a fim de que a justiça seja restabelecida. Nele são apontados os principais indícios que tornam indubiosa, no seu entendimento, a participação de Isabel Florinda Gomes. Assim, a tentativa frustrada de Isabel contra a vítima e as reiteradas ameaças; a presença do irmão de Isabel; o convite de Edjálio, irmão de Isabel, à vítima, para solucionarem divisa de roça; a coincidência de Edjálio portar um facão e a vítima ter sido encontrada com vários golpes; o desaparecimento de Edjálio e o fato de a vítima não possuir inimigos.

Esses fatos, na sua maioria recolhidos nos depoimentos de Noel Florindo Gomes, menor, filho da vítima e da apelada, na fase do inquérito policial, quando se fez acompanhar de Elza de Jesus Santos, companheira da vítima, estão comprometidos ante a recusa de

serem renovados na instrução criminal. Na sua maioria, foram corroborados por Elza de Jesus Santos.

São indícios que o ilustre representante do Ministério Pùblico entende como suficientes para a condenação da apelada.

Não há como negar o valor da prova indiciária, mas necessário que os indícios se integrem, se completem, formando seguro elemento de convicção. Pacífico serem os indícios meios de prova nos termos da nossa legislação processual penal (art. 239, CPP). Mas, observa a doutrina,

"Não é possível, diz muito bem Câmara Leal, estabelecerem-se regras práticas para a prova indiciária. Em cada caso concreto, o juiz aplicará as normas que a lógica lhe subministra, de acordo com a natureza dos fatos e suas circunstâncias (Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, v.3, Saraiva, p.311).

Ora, rigorosamente, na versão dos autos, os indícios apontados na participação da apelada não expressam uma relação direta com o crime. Não há indícios manifestos, perfeitamente concatenados. Quando muito, ainda que indícios veementes, estabelecem uma relação duvidosa, que pode ou não suceder. Tais são, por exemplo: a separação da vítima da apelada; as tentativas anteriores quando viviam juntos; as ameaças, etc. (ver Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal, Anotado*, v.5, p.190).

A inicial acusatória apontou como suspeita de ter a apelada participado do crime o fato de não providenciar o funeral do esposo, ao tomar conhecimento da sua morte. Entretanto, a instrução criminal evidenciou que a vítima, embora casada com a apelada, já vivia há mais de um ano em companhia de Elza de Jesus Santos, tanto que o cadáver de Augusto fora levado para a casa da companheira e não para a da esposa.

Indícios concludentes constituem provas suficientes para autorizar a condenação, quando em recíproco apoio à exclusão das hipóteses favoráveis ao

réu, porque traduzem um tal grau de certeza que não deixa qualquer resquício de dúvida.

"Indícios e circunstâncias, múltiplos e concordes, que excluem qualquer hipótese favorável ao acusado, podem constituir prova plena do delito e autorizar a condenação de seu autor" (ac. da 1<sup>a</sup> Câm. Crim. do TJ-SP, de 28.04.53, na ap. crim. 38.834 da Capital, rel.-des. Manoel Carlos, *Rev. Tribs.*, v. 214, p.61).

Mas, em face de uma prova indiciária débil para tipificar a co-autoria e a consequente condenação da apelada, o Tribunal do Júri, unanimemente, acatou a versão de que Isabel Florinda Gomes não foi a autora intelectual do homicídio de Augusto Araújo Gomes. Assim procedendo, evidentemente, não contrariou a prova dos autos porque, conforme é pacífico, só é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri, que exorbita da prova, e não aquela que encontra respaldo no conjunto probatório (TJ-MT, *RT*, 526/442, Damásio E. de Jesus Saraiva, 3. ed., São Paulo, 1983, 345). Se indícios suficientes de autoria possibilitam a pronúncia, só a prova indiciária plena, certa e indubiosa, autoriza a condenação, em homenagem a princípio incontrovertido (*Jurisp. e Dout.*, v.8, p. 475). Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 12 de dezembro de 1989. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

**LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO SEM APOIO DO CONTRADI TÓRIO. INOCORRÊNCIA. RETRATAÇÃO DESPROVIDA DE CREDIBILIDADE. APOIO DA PROVA PERICIAL À CONFISÃO EXTRAJUDICIAL. ACER-**

TO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. IMPROVIMENTO DO APELO.

Ap. Crim. 74/90. Relator: Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 74/90, de Salvador, sendo apelante Ailton Severino Santos Teixeira e apelado o Ministério Públíco.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Sem a pretensão de que se possa erigir a circunstância anotada na sentença apelada de que "... o fato delituoso ocorreu em local deserto e de madrugada", como foi acontecer, na prática de crimes do tipo de que trata a acusação, e que por isso o testemunho ocular é sempre do autor e seus comparsas, contudo, a conotação é de expressivo valor no sentido de que, na espécie, há de se utilizar, com muita acuidade, de elementos periciais e circunstâncias do delito para a valorização ou não do quanto eles declaram.

Observe-se, também, que as declarações, em interrogatório, dos indiciados e denunciados, de si mesmas, não são objeto do contraditório, que reside, essencialmente, no testemunho propriamente dito, como na aceitação ou não das peças periciais e outras que não se repetem, em juízo, mas devem ser contraditadas pelas partes, desde o oferecimento da denúncia e oferecimento da defesa preliminar. O "interrogatório" é peça que não comporta intervenção seja do Ministério Públíco, seja da defesa. É ato privativo do juiz e nem por isso há quebra do "contraditório". O seu valor, portanto, depende do que os autos dizem de sim ou de não a ele, no seu conjunto.

Destas considerações, conclui-se,

por evidência, que embora repetida, por demais, a afirmativa de que "inquérito policial" não pode "condenar", não encontra lugar, no processo penal, pura e simplesmente.

Impõe-se uma distinção: o inquérito policial não faz prova, no processo penal de si só, concede-se; mas, como peça que se integra à instrução, nega-se.

Com efeito, no momento em que se instaura a ação penal, o investigatório passa a ser parte integrante do processo, do contraditório, mesmo porque nele é que estão os laudos periciais, os autos de busca e apreensão, de entrega, de reconhecimento, etc., que passam a integrar o contraditório, desde o instante em que a defesa, no que lhe toca, não os impugna com a prévia.

A sentença, portanto, que investiga essas peças e com elas traz à luz a verdade que existe nos interrogatórios do réu, ainda que sem outros testemunhos, não viola o princípio do contraditório, mas faz, realmente, justiça.

O caso *sub judice* é mais um daqueles praticados com requintes de perversidade, insensibilidade e fadados a nenhuma conclusão, para desespero da sociedade, nos dias de hoje, tão insegura.

Mais um laborioso pai de família, que derrama seu suor ao volante de um táxi, é atraído por três pseudopassageiros, que o conduzem a lugar ermo e ali o espancam a "cacetadas" e, pressentindo que ainda tinha fôlego de vida, friamente, disparam-lhe no rosto certeiro tiro, à queima-roupa, roubando-lhe os pertences, restando morto numa valeta lateral da estrada, para onde foi atirado.

No inquérito policial, está a declarada confissão do apelante, em comunhão com as dos seus comparsas, dois menores, às fls. 42 a verso e 14/15, 21, onde se vê que, reunidos para o fim de "batalhar", como dizem, tomaram o táxi da vítima, como se passageiros fossem, nas proximidades do fim de linha de São Caetano, com destino à Rodoviária e, à altura do viaduto do Bom Juá, imediações do Km-03, anunciaram o assalto, espancando o infeliz motorista, para a

seguir, o recorrente, Ailton, jogá-lo numa vala, onde lhe atirou no rosto, à queima-roupa, levando seus pertences, como dinheiro, relógio, aliança, anel de prata, toca-fita e, certamente, o táxi, que alegam tê-lo incendiado, o que não ficou, contudo, provado.

Toda perícia, constante das fls. 26 a 37, comprova o delito, o seu local e hora e maneira como foi a vítima assassinada, tudo coincidente com as declarações, em interrogatório, do recorrente, na fase policial do processo, e dos seus comparsas. Observa-se que o tiro, em realidade, nas condições narradas por Geraldo José Santos Ribeiro (fls. 14/15), foi a pouca distância, visto como a vítima estava dominada por eles, e a perícia o confirma, quando diz: "... próximo com o cano da arma, orientado àquela sede do rosto da vítima", fl. 34.

Em face disso, vê-se a certeza da autoria do delito de roubo qualificado, latrocínios, imputada à pessoa do apelante. É que tudo está confirmado pela prova pericial, não contestada pela defesa, em qualquer momento, o que integra, como dito acima, sem dúvida, o contraditório.

Assim, não há como invalidar tal certeza o interrogatório, em juízo, do apelante, só porque declara que a sua confissão perante a autoridade policial fora tomada sob espancamento e tortura, mera afirmação, sem a indicação de qualquer circunstância que a possa tornar crível.

Dessa forma é que a bem-elaborada e judiciosa decisão apelada não merece censura.

A tudo isso se aduz a negra folha de antecedentes policiais do apelante, onde se vê dois roubos simples, três qualificados, incluídos dois latrocínios, mandado de prisão e mais um homicídio, além do que relata em seus interrogatórios.

A própria defesa, em suas razões do apelo, reconhece e cita jurisprudência que admite a condenação alicerçada em confissões, na fase policial, desde que testemunhadas, e não sejam contrariadas por outros elementos de prova.

Nestes autos, só um elemento existe que contraria a confissão do apelante: a sua negativa, em juízo, desamparada de credibilidade.

A sentença condenou o apelante a 18 anos de reclusão com vistas à dúvida sobre os antecedentes do réu, ora apelante, a sua culpabilidade, revelada pela falta total de reprovabilidade ao delito, uma vez que agiu fria e torpemente, sem que para tanto houvesse a vítima cooperado. Assim pesaram três antecedentes judiciais contra o réu, com apoio nos autos, por conta de três anos que aduziu à pena mínima combinada de 15 anos de reclusão, dispensando a de multa. Evidentemente, não exasperou a pena, mas manteve-se o magistrado equilibrado, também, na dosimetria da sanção.

Em face do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Salvador, 18 de setembro de 1990.  
Jorge Fernandes Figueira – Presidente e Relator.

**RECURSO DE HABEAS-CORPUS. PRISÃO EFETUADA AO DESABRIGO DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONCESSÃO. RECURSO EX OFFICIO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DESTE RECURSO. DESCABIMENTO E SEU IMPROVIMENTO.**

*Se a prisão, a título de flagrância de delito, é efetuada fora das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal, ressentente-se de constrangimento ilegal. O recurso oficial da concessão de habeas-corpus é indispensável, ainda que com o rótulo de relaxamento de prisão, dado à natureza e finalidade idênticas de ambos, que, em face da lei, exige a integração pela superior instância. Rejeite-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso oficial.*

Rec. de H.C. 98/89. Relator: Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de *habeas-corpus* 98/89, de Santo Estêvão, sendo reorrente o doutor juiz de direito da comarca e recorridos Airanilton Cabral Cerqueira e Avanildo Alves do Sacramento.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça da Bahia, em rejeitar as preliminares e, no mérito, em negar provimento ao recurso, à unanimidade.

Em favor de Airanilton Cabral Cerqueira e Avanildo Alves do Sacramento, nestes autos identificados, impetrhou ordem de *habeas-corpus* o Bel. José Raymundo Giredes, na comarca de Santo Estêvão, deste Estado da Bahia, sob a alegação de que foram os pacientes presos e autuados, em decorrência de forjado flagrante, pelo doutor delegado de Polícia local.

O meritíssimo doutor juiz *a quo*, após receber as informações prestadas pela autoridade coatora, ouvir o representante do Ministério Público e tomar as declarações dos pacientes, consoante se vê das fls. 16, 18, 22 e 23, lançou, nos autos do *writ*, fundamentada decisão, admitindo a ilegalidade da prisão imposta aos pacientes, por isso que decorrente de flagrante lavrado ao desabrigos das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal.

Concedeu o *mandamus* e recorreu de ofício.

Nesta superior instância, o doutor procurador, às fls. 41 e 42, lançou parecer, pelo não-conhecimento do recurso oficial, visto como entende que, pelo fato de já ter a autoridade coatora comunicado a prisão e remetido cópia do auto de prisão em flagrante delito ao doutor juiz *a quo*, passou a ser este a autoridade coatora e que, por isso, não

poderia conceder *habeas-corpus*, mas “relaxamento de prisão”. Esta seria a providência certa e legal. Arrematando, opina pelo não-conhecimento do recurso oficial.

Adotando os fundamentos do referido parecer, que fica fazendo parte integrante deste, não se conhece do recurso.

Salvador, 26 de junho de 1990.  
Raymundo Vilela – Presidente. Jorge Fernandes Figueira – Relator.

## REDUÇÃO DA PENA. SENTENÇA QUE A FIXOU, APROXIMANDO-A DO MÍNIMO. IMPROVIMENTO DO APELO.

Mostrando-se compatível com a gravidade do fato delituoso, sobretudo tendo fixado no mínimo a pena-base, mantém-se a definitiva, resultante de exemplar equilíbrio do juiz.

Ap. Crim. 110/89. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 110/89, de Salvador, sendo apelante Anelito Barbosa de Oliveira e apelado o Ministério Público.

Regularmente processado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, o apelante foi, finalmente, condenado à pena definitiva de cinco anos e meio de reclusão, correspondente à pena-base de quatro anos, aumentada de um ano e meio por força do disposto no § 2º, I, do mesmo diploma repressivo, tudo conforme consta do relatório de fls., que passa a integrar o presente. O apelo postula a redução da pena.

Entretanto, a Exma. Sra. Dra. Juíza fixou a pena-base no mínimo previsto em lei – quatro anos –, tanto que se dispensou de mais detalhadas apreciações a

respeito dos critérios norteadores utilizados, tal como recomenda o processo de individualização da pena. Limitou-se a afirmar que "não ficara demonstrada a existência de antecedentes criminais e, muito embora a conduta e personalidade do agente não demonstrem boa índole, não houve desfalque no patrimônio da vítima". No particular, à individualização da pena, por ser uma garantia constitucional do condenado, deve propiciar ao réu amplas condições de conhecer as razões de privação da sua liberdade.

Não tendo a sentença considerado circunstâncias agravantes ou atenuantes, procedeu ao aumento da pena, nos termos do § 2º, I, do Código Penal, isto é, emprego de arma, aumentando a pena-base em um ano e meio, assim aproximando-se, também, do mínimo (um terço).

A qualificadora prevista na denúncia estava perfeitamente delineada. Contra ela não se insurgiu o ilustre defensor. A Exma. Sra. Dra. Juíza aumentou a pena em função dela e o fez de modo parcimonioso, mais uma vez aproximando-se do mínimo. Basta assinalar que um terço de quatro anos são 16 meses e o aumento elevou a pena para mais um ano e meio (equivalente a 18 meses), totalizando cinco anos e meio de reclusão.

Como ressaltou o douto parecer, a pena imposta se mostrou compatível com a gravidade do fato delituoso. Ao chegar à pena definitiva, a doura julgadora se houve com acerto, desempenhando-se da tarefa discricionária que a lei lhe confere com exemplar equilíbrio.

Assim, accordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 5 de dezembro de 1989. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

**ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE PROCESSUAL, POR INÉPCIA DA DENÚNCIA E FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA AUDIÊNCIA EM OUTRA COMARCA. FALTA DE PROVA DE AUTORIA. TENTATIVA. NÃO-CONECIMENTO DA PRIMEIRA PRELIMINAR E REJEIÇÃO DA SEGUNDA. IMPROVIMENTO DOAPELO.**

Ap. Crim. 15/90. Relator: Des. JORGE FERNANDES FIGUEIRA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 15/90, de Salvador, sendo apelante Patrícia da Silva e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao apelo.

Após regular processo, a apelante, Patrícia da Silva, nestes autos qualificada, foi condenada, pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca da Capital, como incursa nas penas do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal brasileiro, devendo cumprir a pena de reclusão de cinco anos e quatro meses e pagamento de dez dias-multa, por haver, com emprego de arma e concurso de terceira pessoa, não identificada, subtraído de Hamilton do Nascimento Leite um relógio e a importância de "duzentos cruzados", no dia 22 de novembro de 1987, nesta cidade, por volta das 15 horas, nas imediações do Viaduto de Nazaré. A pena restritiva de liberdade deverá ser cumprida, em regime semi-aberto.

O presente apelo defende a nulidade do processo, por inépcia da denúncia, porque não descreve a participação da apelante no evento criminoso, a falta de intimação da defesa para a audiência, na comarca de Nazaré, para onde foi expedida carta precatória, falta de compro-

vação da autoria do delito e, por fim, que seja reconhecido, no caso, mera tentativa.

Preliminarmente.

É firme a jurisprudência no sentido de que a argüição de inépcia da denúncia há de ser feita, por ocasião da defesa prévia ou, no máximo, antes da sentença, na corrente mais liberal. E assim o é, porque toda nulidade deve ser argüida, no primeiro momento em que se tem vista do processo. Se a defesa, portanto, não o faz a tempo é porque, não obstante, conseguiu defender-se da acusação. Entende-se, como é óbvio, que a omissão implicaria em nulidade, adredeadamente preparada pela defesa, visando uma futura defesa e ninguém pode ser beneficiado por nulidade que gera. Assim, não se pode cuidar do assunto, depois da condenação (*RTJ* 64/344 e *RT* 538/464).

Não se conhece, portanto, da argüição de nulidade, por inépcia da denúncia, uma vez que a defesa não levantou a questão a tempo.

Quanto à falta de intimação da defesa para a audiência que se levou a efeito na comarca de Nazaré, deste estado, decorrente de precatória, não produz efeito anulatório do feito.

Em verdade, a defesa não foi intimada da data da realização daquela audiência, mas teve conhecimento da expedição da precatória, consoante consta das fls. 73.

Sobre o assunto, leciona Damásio de Jesus em *Código de Processo Penal Anotado*, ed. de 1990, p. 150:

"Intimada a defesa da expedição de precatória, desnecessária nova intimação da data designada para a realização da audiência no juízo deprecado. Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente, cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova" (*RT* 525/352, *RT* 500/342).

Em face disso rejeita-se a preliminar de falta de intimação da defesa para audiência, em outra comarca, decorrente de precatória.

No mérito.

A sentença não merece reforma. Analisou a prova testemunhal que, aliada aos autos de apreensão e de entrega de fls. 12 e 14, concorda com as declarações da vítima à fl. 08. A própria defesa reconhece a materialidade e autoria do delito de roubo qualificado imputado à apelante, quando argumenta pela tentativa.

Em verdade, no dia, hora e local a que se reporta a denúncia, a apelante, juntamente com outro parceiro, cuja identidade não foi apurada, aproximou-se da vítima e, com a ameaça de uma faca, tomou-lhe o relógio e um porta-cédulas, que atirou ao chão, depois de lhe retirar a importância de Cz\$200,00.

Por outro lado, não há como se falar de tentativa, pelo fato de ter sido perseguida a apelante, quando, de imediato, já assaltava outra pessoa, nas proximidades, sendo recuperado o relógio. Como bem acentua o doutor procurador, em seu parecer, à fl. 184, a apelante já tinha a posse dos objetos roubados e tanto isso é evidente que não foram recuperados os Cz\$200,00 retirados de sua carteira, pelo seu parceiro não identificado. A volta do relógio para a vítima serviu para minimizar a pena, que foi levada para o mínimo, consoante se vê da sentença apelada. Anote-se, ainda, que, tendo agido a apelante em co-autoria, não pode alegar a seu favor a tentativa, pelo fato de que o dinheiro roubado teria ficado em poder do parceiro.

Em face do exposto, nega-se provimento ao apelo.

Salvador, 18 de setembro de 1990.  
Jorge Fernandes Figueira – Presidente e Relator.

TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. ACUSAÇÃO SEM BASE NA REALIDADE. FALTA

DE JUSTA CAUSA. EXTENSÃO DE JULGADO. DEFERIMENTO DA ORDEM.

*Imputando ao paciente fato inoperante para o resultado, o aditamento não-fundamentado em elementos sérios, idôneos, indiferente à realidade do processo, constitui abuso de poder do Ministério Públco, sanável mediante a garantia constitucional do habeas-corpus.*  
H.C. 188/89. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 188/89, de Tucano, sendo impetrantes Tiago Ferreira de Carvalho e Tiago Ferreira de Carvalho Júnior e paciente Benjamim Brito Gama.

Invocando o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e os arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, a impetração objetiva o trancamento da ação penal instaurada contra o paciente através de aditamento no processo-crime movido pela Justiça pública da comarca de Tucano contra João Anicácio de Jesus e outros.

A Promotoria aponta Benjamim Brito Gama ou Ferreira Gama como autor do crime capitulado no art. 121, § 2º, I e IV, e art. 129, § 1º, I, c/c os arts. 29 e 69, todos do Código Penal.

Sustenta a impetração que o acréscimo decorre de engano da Promotoria de Justiça, tanto mais porque o crime ocorreu no dia 9 de fevereiro de 1989 e "a alegação de um dos acusados, de que Ferreira Gama teria sido por ele procurado, foi como sendo em 6 de maio passado, quase 90 dias depois do evento". Ressaltam os ilustres impetrantes a inexistência de qualquer ajuda ou manifestação de vontade para o cometimento da ação delituosa, por parte do paciente, pois ele não concorrera para o crime do qual só tomou conhecimento, posteriormente, através de boatos e da imprensa.

Assim, tem-se como violado o art. 13 do Código Penal, segundo o qual "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". A prova dos autos não oferece justa causa para a acusação, ponto de vista sustentado com amparo na Constituição, na jurisprudência, no passado e conduta do paciente.

As informações do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito esclarecem os motivos do aditamento, afirmando a participação do paciente na fuga ao pistoleiro, fato corroborado por depoimentos e no próprio interrogatório.

A rigor, a promoção circunscreveu-se ao fato de haver o paciente prestado possível auxílio na fuga de um dos acusados, 90 dias após o crime. Entretanto, não descreveu a co-participação no delito nem identificou o vínculo que o responsabiliza como co-autor. A manifestação da doutora promotora em exercício se ressente de elementos seguros, capazes de estabelecer nexo entre a conduta do paciente e o crime.

Em relação ao acusado Waldemar Gertner, também incluído na peça aditiva, a Primeira Câmara Criminal, no H.C. 183/89, deferiu o pedido para anulá-lo, no entendimento de que a inicial acusatória, quanto a este, ressentia-se de fundamentação.

Além da negativa do paciente, de haver participado do homicídio de José Valdir de Santana, Edson Gomes do Nascimento e sua companheira isentam Ferreira Gama, conforme esclarecem à fl. 28, afirmações corroboradas pelas próprias palavras do paciente (fl. 64v).

O executor do crime (fls. 18/30 e 63) descreve a ação delituosa praticada no dia 9 de fevereiro de 1989, a fuga para outras cidades da Bahia e, posteriormente, Cachoeirinha, em Pernambuco, onde permaneceu até 6 de maio, oportunidade em que retornou a Tucano (fl. 27) para reconciliar-se com sua companheira. Ao voltar para Pernambuco, já em companhia de Waldenice, procurou Ferreira Gama.

Percebe-se, sem maiores esforços, a inexistência de nexo entre a conduta de Benjamim Brito Gama e o homicídio de José Valdir de Santana. Ele não emerge da prova, límpido, indvidoso. Essa circunstância afronta o art. 13 do Código Penal, porque o fato imputado ao paciente, no aditamento, por si só, seria inoperante para o resultado, isto é, para o homicídio, até porque, o retorno do criminoso a Tucano deu-se, conforme consta dos autos, em maio, para reconciliar-se com sua companheira e o crime fora executado em fevereiro. Nesta hipótese, como recomenda a jurisprudência, "melhor" será afastar a imputação do que aceitá-la (TACrim.-SP - rev.-rel. juiz Rafael Granero - RT - 525/376).

Este o sentido da jurisprudência dominante, conforme acentuou em seu lúcido parecer o ilustre procurador de Justiça.

"A acusação, sem base na realidade do processo, é caso de abuso de poder do Ministério Público, sanável pela via do HC (HC 44377, rel.-min. Djacir Falcão, *in Rev. do D. Penal*, Editor Borsoi, v. 1, p. 151)."

"A mera regularidade formal da denúncia não exclui a inexistência de justa causa. Estudando o controle que exerce o juiz sobre a denúncia, no despacho de deliberação que é seu recebimento, Frederico Marques não o reduz à mera regularidade formal da denúncia, acrescentando a esse aspecto formalístico a 'viabilidade da relação processual e a viabilidade do Direito de ação'. Para recebê-la (a denúncia), terá o juiz que examinar o inquérito policial para concluir se há crime e apurar a ausência de justa causa e legítimo interesse do Estado em acusar. É preciso que haja *fumus boni juri* para que a ação penal contenha condições de viabilidade. Daí por que ao juiz é dado rejeitar a denúncia, na forma do art. 43 do CPP" (TRF, HC 2791, *in DJ* de 30.04.73, p. 2773).

A doutrina presta homenagem a idêntico entendimento:

"Para que seja possível o exercício do direito de ação penal, é indispensável

haja nos autos do inquérito policial, ou nas peças de informação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis, de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nos elementos de convicção" (Fernando Tourinho Filho, *Processo Penal*, Saraiva, 1987, v. 1/456).

Com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal, a jurisprudência admite a extensão do julgado em *habeas-corpus* (STF, RTJ 101/127), em situações idênticas. Ao acusado Valdemar Gertner, também incluído no aditamento, esta Câmara já o anulou, entendendo-o sem a necessária fundamentação, isto é, desprovido de fatos concretos, sensíveis, indicadores de participação no crime.

O *habeas-corpus* objetiva o trancamento da ação penal em relação ao paciente Benjamim Brito Gama, sem prejuízo de novo procedimento criminal, caso apareçam indícios confiáveis, sérios, de sua responsabilidade, como bem acentuou, com muita propriedade, o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em deferir a ordem, para trancar o processo em relação a Benjamim Brito Gama.

Sala da Sessões, 28 de novembro de 1989. Jorge Fernandes Figueira - Presidente. Raymundo Vilela - Relator.

#### ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUTORIA CONFESSADA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL.

A autoria confessada, desenganadamente, pelo acusado, na fase extrajudicial, de forma inusitada, é negada na judicial. No entanto, no contexto da prova carreada para os autos, pode-se vislumbrar que o ilícito penal imputado ao apelante

*não admite maiores controvérsias.  
Recurso provido parcialmente para  
reduzir a pena.*

Ap. Crim. 163/88. Relator: Des.  
AYRTON FREITAS.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 163/88, de Itabuna, em que figuram como apelante Valdir Rodrigues da Silva e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em prover, parcialmente, o apelo, para reduzir a pena.

Com efeito, não poderia ser outra a decisão do juízo *a quo*, despindo-se, pois, de respaldo legal, as razões do apelante, pretendendo negar a autoria do crime, sob a ingênua e astuciosa alegação de que a confessou perante a autoridade policial, mediante coação.

A cuidadosa sentença analisou, com minúcias, todos os ângulos do fato, e não menos cuidadoso foi o representante do Ministério Público daquela comarca, pois, o bem-elaborado inquérito forneceu-lhe elementos irrefutáveis, confirmados durante a instrução.

O interrogatório realizado pelo senhor delegado narra os fatos com detalhes, que somente poderiam ter chegado ao seu conhecimento por intermédio do próprio autor.

A referida autoridade não poderia adivinhar que o acusado apreciasse e gostasse de ler, "revistas de sexo", como o fez, com o intuito de despertar a atenção de sua desprevenida vítima. Não haveria de supor que, após tal estímulo, tivesse lhe oferecido a quantia de NCz\$20,00, "caso ele deixasse o interrogado manter relações com ele"; que o menor tivesse ficado "muito assustado com a proposta e começasse a querer gritar, momento em que o interrogado pegou uma corda e amarrou as pernas do menino, e também o amordaçado, ficando, assim, o menor, imobilizado". E era de assustar, mesmo, a qualquer in-

defesa criança criada no interior, sem a vivência e malfício que reinam nos grandes centros, ver-se assediada e coagida a praticar atos que nem imaginara existir...

O laudo de exame de corpo de delito de fls. 62 e 63 é a prova material do crime, a prova da sua existência.

A prova testemunhal é exuberante e o próprio irmão do apelante, Vivaldo Rodrigues da Silva, declarou em juízo "que não havia ninguém na casa, a não ser seu irmão, ora acusado; que, dirigindo-se para o quarto, para trocar de roupa, verificou que a sua própria cama estava desarrumada...; que, ao lado do colchão, havia fezes" (dep. fls. 81 e 82); "que, notando a cama desarrumada, chamou a vizinha, mãe do menor, para ser testemunha da desarrumação que encontrava em casa; que chamou a vizinha para ser testemunha do comportamento do acusado, perante a mãe deste e do depoente...".

O fato teve grande repercussão na cidade de Buerarema, onde aconteceu, assim, toda a comunidade ficou sabendo, e até Genice Silva Reis, testemunha de defesa, declara que "tomou conhecimento do fato narrado na denúncia através de comentários de vizinhos que moram na mesma rua, que disseram que o acusado havia 'feito sexo' com o menino" (fl. 77).

Também, Valmir, outra testemunha de defesa, não obstante dizer-se amigo íntimo do acusado, declara "que soube, através de comentários na rua em que mora, que o acusado havia 'pegado a vítima'" (fl. 78).

O apelante ainda declara ao senhor delegado (dep. fl. 11) "que também foi acusado de ter estuprado um menino menor, no bairro da Conceição, na cidade de Itabuna, mas só que nada ficou provado contra o interrogado".

Certamente que não se dispensou a devida atenção ao fato, que se deixou passar "em brancas nuvens", dando-se nova chance ao ora apelante, para repetir tão temerária façanha.

Desta vez, entretanto, não teve

igual sorte e, depois de tudo cuidadosamente apurado, a Justiça se fez presente, condenando-o às penas da lei, por cuidadosa sentença, que merece, entretanto, reparos quanto à apenação.

*In casu*, as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal favoreceram o réu no que diz respeito à individualização: a primariedade, pelo que é de fixar-se a pena-base no mínimo legal – dois anos –, elevando-a de um ano, em razão das agravantes previstas no art. 61, II, c e h do Código Penal, resultando esta quantidade concretizada na falta de atenuante ou causa de aumento ou diminuição, em três anos de reclusão.

Nessas condições, provê-se, parcialmente, o apelo, para reduzir para três anos de reclusão a pena imposta ao apelante.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 14 de dezembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Ayrton Freitas – Relator.

#### **CONDENAÇÃO. PENA QUE NÃO SE DISTANCIOU DOS OBJETIVOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. DEVER DE APLICAR-SE SANÇÃO EM GRAU MAIOR.**

*Atendendo à pena aplicada ao réu, ao equilíbrio preceituado no art. 59 do Código Penal, não merece nenhum reparo e deve ser mantida, integralmente. Recurso improvidado.*

Ap. Crim. 98/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal 98/88, de Vitória da Conquista, sendo apelante o Ministério Público e apelados Albérico Lúcio Rodrigues de Oliveira, Jackson Santos Ferreira e Gilma Santos

da Silva.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em negar provimento à apelação, à unanimidade.

Adoto o relatório exarado na sentença de fls. 169 a 173, que absolveu Jackson Santos Ferreira e Gilma Santos da Silva da imputação que lhes foi feita, de terem cometido o delito do art. 12, § 2º, III, e 12, respectivamente, da Lei 6.368/76, e condenado Albérico Lúcio Rodrigues de Oliveira nas sanções do art. 12 da referida Lei de Entorpecentes.

O Ministério Público, pela sua ilustre representante, na comarca de Vitória da Conquista, inconformado com essa decisão, dela apelou, a tempo, (fl. 177), argüindo, nas suas razões de fls. 179 a 181, que a pena de quatro anos de reclusão aplicada ao réu Albérico Lúcio Rodrigues de Oliveira não alcançou o objetivo do art. 59 do Código Penal, porque por demais benevolente, visto como o delito praticado por ele fere o bem jurídico – saúde pública, – colocando-a em perigo; que, assim, deve a sanção ser individualizada em grau maior, entre as cominadas de três a 15 anos.

Por outro lado, argumenta que a absolvição dos demais denunciados foge da prova dos autos, onde presentes estão todos os indícios que autorizam a condenação.

A defesa de cada apelado, por seus respectivos advogados, de fls. 183 a 188, 195 a 179 e 198 a 199, apresenta as suas contra-razões.

Albérico Lúcio Rodrigues conclui pela desclassificação do delito do art. 12 para 16, da Lei 6.368/76, se não absolvido; Jackson Santos Ferreira e Gilma Santos da Silva defendem os fundamentos e conclusão da sentença apelada, pedindo mantida a absolvição.

Nesta superior instância, o doutor procurador, em seu parecer de fls. 204 a 295, opina pelo total provimento do apelo do Ministério Público.

Lancei o presente relatório e encaminhei os autos à apreciação do emi-

nente desembargador-revisor, que pediu dia para julgamento.

É o relatório.

O exame, nos autos, dos antecedentes judiciais referidos no art. 59 do Código Penal brasileiro, para o efeito da individualização da pena, não leva à conclusão senão à que adotou o meritíssimo doutor juiz *a quo* e não à que pretende o apelante.

Com efeito, está comprovada, nos autos, a primariedade do réu Albérico Lúcio Rodrigues de Oliveira, inexistindo qualquer elemento de convicção, com que se possa avaliar, com certeza, a respeito do índice de sua reprovabilidade ao delito, por desconhecidas, também, as razões de suas condições pessoais, para delinquir, como ainda os fatos que o levaram àquela conduta; por isso mesmo, sem possibilidade fica a aferição dos motivos e circunstâncias do fato, desde quando houve omissão, na condução da prova, a este respeito, o que, também, competia fazer o apelante; as consequências do delito são desconhecidas, mesmo porque não se comprovou tivesse sido vendido um grama sequer do material entorpecente apreendido; por sua vez, a conduta social não leva reparo qualquer; pelo contrário, a esse respeito parece interessado em trabalhar, como "camelô", o que não se desmentiu, na prova, mas até foi ressaltado.

Apesar de tudo isso, o doutor juiz explorou o fato de responder o réu a outro processo, na comarca de Guanambi, como reparo aos seus antecedentes, furto e roubo qualificado, o que, de regra, não deve ser levado à conta de maus antecedentes, em face do entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, visto como ninguém pode ser considerado culpado, senão após sentença condenatória passada em julgado (art. 5º, LVII, da Constituição Federal), para exasperar a individualização da pena, isso aliado a uma demonstração de personalidade inconsequente, pelo uso de arma, que teria sido apreendida como sua.

Daf por que a pena aplicada ao réu não padece de reparo, mas atende ao

equilíbrio preceituado no art. 59 do Código Penal brasileiro. Pensou o magistrado no mínimo em três anos e alterou para quatro, ante aqueles citados reparos.

Por outro lado, a defesa não apelou da sentença e, por isso mesmo, impedida está de pleitear a absolvição ou desclassificação do delito, ficando, assim, circunscrita nos limites objetivos do apelo. O Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, como os nossos tribunais, predominantemente, prosbem a *reformatio in melius* (RT 599/444, RTJ 103/398).

No entanto, acatando decisões no sentido de que o Tribunal, no recurso da acusação, visando imposição de pena mais grave, pode reduzi-la ou absolver o réu (RT-524-357), ainda que este não tenha apelado, no caso dos autos; foi imperativa, como é, a condenação, pelas razões trazidas, na sentença, incensavelmente.

A alegada imprestabilidade da busca e apreensão, por falta de mandado da autoridade policial, não invalida a ação penal; se invalida a prisão em flagrante, nem sempre tem o mesmo efeito com relação à ação penal instaurada, especialmente, quando o *corpus delicti* está, por demais, comprovado, por outros elementos, nos autos, como no caso, e confessado pelo acusado.

A omissão é irregularidade e pode configurar lesão ao preceito constitucional, mas não desfaz a prova do delito, como a sua autoria.

No que diz respeito ao apelo pela condenação dos demais denunciados, Jackson Santos e Gilma Santos da Silva, não há nos autos, como ressalta a sentença apelada, elementos de convicção; tudo paira em meras suposições, ilações, conjecturas, mas não certeza, por falta de elementos sensíveis, reais, comprovados e com relação ao delito, autorizando a conclusão pela autoria. Sem isso, condenar é arriscar e fere o preceito intocável da defesa e da norma constitucional, no sentido de que todo cidadão é inocente, até prova em contrário.

Lamenta-se é a omissão dos res-

ponsáveis pelas diligências que não se fizeram, mas, cuja oportunidade se ofereceu, às escâncaras, como a identificação do dono ou locatário da casa onde o material entorpecente foi encontrado, etc.

Por isto, nega-se provimento ao apelo.

Salvador, Sala das Sessões, 21 de dezembro de 1989. Ivan Brandão - Presidente. Aloísio Batista - Relator.

#### *CRIME DE MAUS-TRATOS. PREVISÃO DO RESULTADO.*

O crime de maus-tratos é delito próprio, praticado por quem detém a guarda de pessoas, atribuível a pais, curadores, tutores, patrões, professores, carcereiros, enfermeiros, sendo sujeito passivo filhos sob o pátrio poder, curatelados, pupilos, discípulos, presos, enfermos etc. A figura descrita pelo § 2º do art. 163 do Código Penal brasileiro é típica do crime qualificado pelo resultado, cuja eventual ocorrência podia e devia ser prevista pelo homem comum, base de toda cogitação penalógica.

Ap. Crim. 39/89. Relator: Des. RUY TRINDADE.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 39/89, de Salvador, em que é apelante Ademir Batista dos Santos e apelada a Justiça Pública.

Acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelos componentes da Segunda Câmara Criminal, à unanimidade de votos e na conformidade do relatório, fls. 212 a 213, em dar provimento parcial à apelação, nos termos do voto do relator que integram este acórdão.

#### **Voto**

Preliminarmente.

É de se conhecer da apelação, tendo em vista que a interposição do recurso é tempestiva, na conformidade do positivo resultado da diligência, em notas de cartório da vara de origem.

O apelante foi indigitado autor de maus-tratos impingidos a seu filho menor, Rogeiro Rocha dos Santos, que vivia sob sua guarda, entregue que fora pela mãe, ao deixá-lo para viver em outra companhia.

Na instrução, restou provada toda acusação, no que tange ao essencial do crime imputado, especialmente as declarações da atual consorte do apelante, Celisalva Martins Moreira Santos, de modo irretorquível, que o menor era reiteradamente submetido a espancamentos graves, justificando o bárbaro procedimento em razão da mãe dele o haver abandonado por outro homem. As testemunhas, todas vizinhas do apelante, confirmam o depoimento de Celisalva, afirmando que, por diversas vezes, presenciaram os maus-tratos que infligia à vítima, aliás, confessados pelo próprio apelante.

A prova pericial é incisiva, a morte decorreu, segundo a necropsia, de ruptura do fígado e baço, provocada por instrumento contundente, tendo os peritos constatado, também, que o menor apresentava diversas escoriações e equimoses por todo o corpo.

A tão decantada ficha médica da vítima, cavalo de batalha dos ilustres advogados de defesa, não indica outro processo mórbido nele, quando ali fora examinado.

O crime de maus-tratos é delito próprio, praticável por quem detém a guarda de pessoas, atribuível a pais, curadores, tutores, patrões, professores, carcereiros, enfermeiros, sendo sujeito passivo filhos sob o pátrio poder, curatelados, pupilos, discípulos, presos, enfermos, etc...

A vítima, embora não conste sua certidão de nascimento nos autos, não resta de que é filho do apelante, os de-

poimentos testificam sobejamente.

Dos espancamentos infligidos pelo apelante a seu filho Rogeiro, este veio a falecer, não obstante aquele não tivesse o desejo de provocar-lhe a morte.

A figura descrita pelo § 2º do art. 136 do Código Penal brasileiro é típica do crime qualificado pelo resultado, cuja eventual ocorrência podia e devia ser prevista pelo homem comum, base de toda cogitação penalógica.

Dou provimento parcial à apelação para fixar a pena-base em seis anos de reclusão, tornando-a definitiva, à míngua de circunstâncias de aumento ou diminuição, tendo em vista a primariade do apelante, a análise do delito, os elementos subjetivos postos em discussão, a vida *ante acta* do apelante, as circunstâncias e os antecedentes do delito, o motivo invocado pelo réu, tudo isso desfavorável a recomendar a dosagem usada.

Pelo provimento parcial do recurso é como voto.

Salvador, 30 de agosto de 1990.  
Ivan Brandão – Presidente. Ruy Trindade – Relator.

#### **DESERÇÃO. JULGAMENTO PELO CONSELHO DE JUSTIÇA MILITAR.**

*Decisão condenatória. Apelo da defesa. Improcedência das alegações. Violão do art. 13, § 3º, da Lei 1.003, de 21.10.69, suscitada pelo Ministério Público. Provimento para anular o processo a partir da instalação do conselho.*

Ap. Crim. 119/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 119/89, de Salvador, sendo apelante José Carlos Correia dos Santos e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em prover o apelo para anular o processo a partir da instalação do Conselho de Justiça e atos subsequentes, inclusive a sentença recorrida, pelas razões seguintes.

Instaurado o competente procedimento para a declaração de deserção do soldado 2º Cl. José Carlos Correia dos Santos e submetido a julgamento pelo Conselho de Justiça Militar, por inciso nas sanções do art. 187 do Código Penal Militar, foi o mesmo condenado a seis meses de detenção, fixada a pena-base em um ano, reduzida de quatro meses, por ser-lhe reconhecida circunstância atenuante.

Observadas as exigências dos arts. 458 e 459 do Código de Processo Penal Militar, o ilustre advogado de ofício, intimado da sentença, dela apelou, tempestivamente.

Nas razões recursais, sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença, à alegação de que o art. 187 do Código Penal Militar não se aplica a policiais militares em situação normal, só quando mobilizados pelo Exército brasileiro, pois, com a promulgação da nova Carta de 1988, é que passaram para a categoria de militares, podendo incidir no crime de deserção.

Além do mais, o apelante é primário, de bons antecedentes, cumpridor de suas obrigações, sendo a conduta incriminada motivada pelo uso de bebida alcoólica.

Também, a pena aplicada não foi bem dosada, porque, reconhecida na sentença atenuante, a apenação deveria ser mínima.

Em contra-razões, repele o Ministério Público a preliminar de nulidade, invocando a Emenda Constitucional 7, bem como o art. 125, § 4º, da vigente Constituição Federal.

No que se refere à pena, de igual sorte, sem razão o apelante, tendo em vista a concretização em seis meses de detenção, o mínimo cominado no art.

187 do Código Penal Militar.

Agita, porém, o ilustre representante do Ministério Público do primeiro grau nulidade insanável do julgamento, por vulneração do art. 13, § 3º, da Lei de Organização Judiciária Militar (Decreto-lei 1.003, de 21.10.69), tendo em vista que o Conselho de Justiça, *in casu*, foi composto por um capitão, um oficial como relator e outro oficial que servira como escrivão, sendo evidente que o oficial designado para escrivão não poderia funcionar como julgador, pela própria razão natural das coisas e impedimentos.

Colhido o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, manifestou-se sua excelência pela improcedência das alegações do apelante e acolhimento da preliminar de nulidade do julgamento suscitada pelo recorrido, e, quanto ao mérito, pelo improviso do apelo.

Razão assiste à dota Procuradoria de Justiça.

Procedente, sem dúvida, a nulidade do julgamento.

Defeituosa a composição do Conselho de Justiça. Ao exame dos atos e termos respectivos, constata-se o descumprimento do art. 13, § 3º, do Decreto-lei 1.003, de 21.10.69 (Lei de Organização Judiciária Militar).

Verifica-se que presidiu o Conselho por um capitão, convocados dois oficiais, um serviu como relator e o outro como escrivão, impedido, consequentemente, de julgar.

Sabido é que o julgamento há que resultar do *devido processo legal*, como garantia inescusável do acusado.

No caso *sub judice* tal não se verificou.

Assim, acolhendo o parecer do doutor procurador de Justiça, José Viana Brim, dá-se provimento ao apelo, para anular-se o julgamento, por desapreço ao art. 13, § 3º, da Lei 1.003, de 21.10.69, acolhendo-se preliminar suscitada pelo Ministério Público do pri-

meiro grau.

Sala das Sessões, 14 de dezembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente e Relator.

#### **EXCESSO PRAZAL. CONFIGURAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO: CONCESSÃO DA ORDEM.**

*Concede-se ordem de habeas-corpus quando demonstrado o injustificável excesso de prazo para o início da instrução criminal.*

H.C. 218/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 218/89, de Salvador, sendo impetrante o Bel. Artur José Pires Veloso e paciente Wedson Cesário da Silva.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em deferir o pedido de *habeas-corpus*.

O Bel. Artur José Pires Veloso impetrava a presente ordem de *habeas-corpus*, em favor de Wedson Cesário da Silva, alegando que este, apesar de encontrar-se preso em flagrante há mais de um ano, ainda não foi denunciado, quando o prazo para a denúncia, em se tratando de réu preso, é de cinco dias, conforme disciplina o art. 46 do Código de Processo Penal, devendo as testemunhas de acusação serem ouvidas, no prazo de 20 dias, e a instrução criminal concluída no prazo de 195 dias, cuja inobservância disso constitui constrangimento ilegal.

Aduz, ainda, que o paciente é primário e possui bons antecedentes, residência fixa e profissão definida, o que autoriza a concessão do *writ*.

Solicitadas as informações, esclareceu a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito

plantonista que a impossibilidade de prestar as informações era devido ao fato de os autos do processo se encontrarem em mãos do Bel. José Correia, defensor público e advogado do paciente, o qual está ausente desta Cidade do Salvador, conquanto o cartório tenha adotado providências para devolução do processo (fl. 10).

Após as férias forenses, os autos vieram-me conclusos, oportunidade em que foi reiterado o pedido de informações, tendo o doutor juiz titular prestado (fl. 15), esclarecendo apenas que designou o dia 5 de outubro de 1989, às 14h30min, para ter início o sumário.

Colheu-se o pronunciamento do doutor procurador de Justiça, que, assim, conclui: "Verifica-se, inequivocadamente, uma série de omissões e dúvidas, no que tange aos atos processuais e à tramitação regular da respectiva ação penal, que constrange o paciente, permitindo a concessão da ordem de *habeas-corpus*" (fls. 17/18).

Converteu-se o julgamento em diligência, a fim de pedir ao ilustre doutor juiz, autoridade apontada como coatora, novos esclarecimentos, ou seja, cópia da denúncia, o que foi satisfeito (fls. 21/22).

Novamente, com vista dos autos, manifestou-se o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, agora, retificando o parecer anterior, para que seja indeferido o pedido, uma vez que a ação penal está tendo andamento normal com audiência marcada para o dia 05.10.89, tendo o paciente sido interrogado (fl. 25).

É o relatório.

Indubitável é que o paciente se acha recolhido à prisão desde o mês de outubro de 1988 e até a presente data lá permanece, sem que a instrução criminal tenha sido iniciada, conforme ficou constatado pelas informações do doutor juiz de direito titular da 3<sup>a</sup> Vara Distrital de Amaralina (fl. 15). Essa demora, que perfaz mais de um ano, jamais poderá ser recuperada, visto que ela excede, de muito, os prazos assinados para o término da instrução criminal. O fato de

o doutor defensor público haver retirado o processo do cartório não justifica o retardamento do início da instrução do processo, porquanto sua excelência – a autoridade apontada como coatora – deveria ter adotado as providências legais para que isso não acontecesse.

Está evidenciado o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

Ante o exposto, concede-se a ordem de *habeas-corpus* para que o paciente responda o processo em liberdade.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 14 de dezembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Ayrton Freitas – Relator.

#### *EXCESSO PRAZAL. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO.*

*Instrução do processo encerrada. Ordem denegada. É da jurisprudência, inclusive do Pretório ex-celso, que, encerrada a instrução criminal, e aberta vista dos autos ao Ministério Público para alegações finais, não é de ser considerado, para concessão do habeas-corpus, o excesso de prazo anteriormente verificado.*

H.C. 227/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 227/89, de Feira de Santana, em que é imetrante e paciente Osvaldino Pires Farias,

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas-corpus* impetrada por Osvaldino Pires Farias.

O imetrante-paciente encontra-se recolhido no presídio da comarca de Feira de Santana, desde o dia 25 de no-

vembro de 1988, à disposição do doutor juiz de direito da 2<sup>a</sup> Vara Crime, sem que o processo a que responde tenha qualquer andamento, por isso reclama a existência de constrangimento ilegal.

Solicitadas informações à autoridade judiciária indigitada coatora, prestou-as o doutor juiz de direito da 2<sup>a</sup> Vara Crime da comarca de Feira de Santana, na conformidade do ofício de fls. 08/09.

Com vista dos autos, a seguir, o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça emitiu o parecer de fls. 10/11, dando pelo deferimento da ordem, por não haver a ilustre autoridade indigitada coatora, nas suas informações, esclarecido as datas em que as providências processuais foram tomadas para que se pudesse justificar o excesso prazal.

Conclusos que me foram os autos, havendo o doutor juiz de direito, pelo ofício de fls. 13/14, complementado as informações anteriores, determinei que a este fosse anexado o ofício, abrindo-se nova vista dos autos ao doutor procurador de Justiça, o que se fez.

Em seu novo pronunciamento, sua exceléncia manifestou-se, em face da nova informação, pela denegação da ordem (fls. 16/17).

O feito foi incluído em pauta para julgamento.

#### É o relatório.

O alegado constrangimento ilegal decorreria de demora no encerramento da instrução do processo. O doutor juiz de direito, que havia assumido a Vara há dias, nas suas informações complementares, esclarece que já declarou encerrada a instrução, abrindo vistas ao Ministério Público para alegações finais.

Assim, encontrando-se concluída a fase instrutória e dependendo o processo, para prolação da sentença, das alegações finais, não mais pode ser invocado o excesso de prazo, como motivo de constrangimento ilegal, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, fiel à orientação dominante no Supremo Tribunal Federal (*RTJ* 50/635 e 69/196).

Isto posto, nega-se a ordem, com

recomendações, para que seja prolatada sentença.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 16 de novembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente.  
Ayrton Freitas – Relator.

#### FALTA DE INTIMAÇÃO.

*Nulidade processual por falta de intimação para a audiência de tomada das declarações da vítima, em outra jurisdição, por carta precatória e desentranhamento de alegações finais da defesa, oferecidas a destempo. Inocorrência de prejuízo, no caso, para a defesa. Rejeição. Roubo qualificado, apenas, tentado e atenuante. Acolhimento. Provimento parcial do apelo.*  
Ap. Crim. 151/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 151/88, da comarca de Salvador, Capital do Estado da Bahia, sendo apelante Adailton do Rosário Pereira e apelado o Ministério Público.

No dia 18 de junho de 1987, por volta das três horas, na rua do Sodré, nesta Capital, Jorge Teixeira de Melo conversava com sua namorada de nome Cátia Regina da Conceição, quando surgiu Adailton do Rosário Pereira, ora apelante, portando um revólver, anunciando um assalto e, de arma em punho, ameaçou o referido Jorge Teixeira de Melo, subtraiu-lhe um relógio de marca Orient e uma corrente cor de prata, ordenando, a seguir, que a vítima desaparecesse de sua frente, sob pena de receber um tiro.

Logo perseguido por policiais, fez o apelante três disparos contra eles, saindo ferido a bala, numa das pernas, por um disparo de um dos policiais.

Por isso foi denunciado como in-

curso nas penas do art. 157, § 2º, I, do Código Penal brasileiro.

A ação tomou curso, chegando ao final, com a sentença de fls. 151 a 152, que condenou o denunciado, agora apelante, como incursa nas penas indicadas na peça vestibular acusatória, com a pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, arbitrado cada um em um trigésimo do valor do maior salário mínimo vigente no País, na época do delito, devendo cumprir a pena restritiva de liberdade em regime semi-aberto, pagar ainda as custas do processo. Nessa oportunidade, determinou o doutor juiz o desentranhamento das alegações finais da defesa, por julgar a sua apresentação intempestiva.

A tempo, dessa decisão apelou a defesa, argüindo, em resumo:

Preliminarmente, nulidade do processo: por não ter acatado o juiz a junta de alegações da defesa, mesmo apresentadas fora do prazo legal; por não ter sido a defesa intimada da expedição de carta precatória.

No mérito: que o delito que teria praticado o apelante não se consumou; que não considerou na aplicação da pena a atenuante de ser o apelante, na época do delito, menor de 21 anos e maior de 18.

Juntas as alegações finais desentranhadas.

As contra-razões do apelado, o Ministério Público, estão nas fls. 172v a 173, defendendo a sentença.

Nesta superior instância, em parecer de fls. 177 a 179, entende o doutor procurador de Justiça não haver as nulidades argüidas no apelo, mesmo porque as faltas ocorreram por culpa da própria defesa, que o delito se consumou porque, embora por curto espaço de tempo, concretizou-se a posse tranqüila da *res furtiva*. Admite, contudo, provimento parcial do apelo, uma vez que a sentença não considerou a atenuante de ser o apelante menor de 21 anos e maior de 18, quando praticou o delito.

Examinei os autos e lancei o pre-

sente relatório, encaminhando-os à apreciação do eminentíssimo desembargador-revisor.

É o relatório.

Preliminarmente.

Descabe acatar a argüição de nulidade do processo, desde a fase do art. 500 do Código de Processo Penal, porque, apresentadas as alegações finais, como foram, com excessivo retardo, determinou o doutor juiz *a quo* o seu desentranhamento.

Além da conotação que faz o douto parecer da Procuradoria de Justiça, evidenciando que, sendo a culpa da defesa, não pode esta argüir a sua omissão em benefício próprio, art. 565 do Código de Ritos Penais, e, embora existam decisões a seu favor, entendo que predomina o entendimento de que a omissão não acarreta nulidade. Esta só ocorre quando é negada à defesa o prazo para o seu oferecimento, o que não é o caso, nos termos do art. 564, III, e, do Código de Processo Penal (RT 511/320 e 321, e STF, RTJ 90/808).

A razão tem alicerce no art. 566 do Código de Processo Penal, visto como a omissão, em verdade, não afeta a prova, ato processual, que influi na apuração da verdade. No caso, as ditas alegações estão juntas a este apelo e são apreciadas para o seu efeito.

Rejeita-se a preliminar de nulidade do processo, por desentranhamento de alegações finais, oferecidas fora de tempo.

Falta de intimação para acompanhar o depoimento ou declarações da vítima, em outra jurisdição, mediante carta precatória.

Tal omissão, consoante entendimento jurisprudencial dominante, não gera nulidade, porque não é tida por lei como essencial do exercício da defesa. É que se considera, como primordial, a iniciativa do defensor de inteirar-se junto ao júzio sobre a designação de data para a realização da prova (RTJ 95/547 e RT 500/342).

Por outro lado, o exame das declarações da vítima, tomadas por carta precatória, fls. 107 a verso, revela que ne-

nhum prejuízo causou à defesa, uma vez que, jamais, negou a autoria do delito, na pessoa do apelante, e o próprio delito. Pelo contrário, trazem até subsídios basilares para a apreciação do mérito da causa, no que diz respeito à tentativa e não-consumação do roubo, objetivo do apelo.

Eis porque se rejeita a preliminar.

No mérito, acolhem-se as razões do apelo, por reconhecer-se que, de fato, o delito de roubo qualificado não chegou a consumar-se, ficando, apenas, na tentativa.

A própria vítima, em suas declarações de fls. 107 a verso, afirma que, tão logo foi espoliada dos seus pertences, objeto do delito, passou a perseguir o apelante, inclusive, com o auxílio da Polícia, terminando por ser preso, recuperados o relógio e a corrente de metal branco, que foram entregues à vítima, fls. 14.

Cola-se o fato com o arresto a seguir citado (*JUTACRIM* 76/35), por ajustar-se, inteiramente, ao caso dos autos:

"Caracteriza-se a tentativa de roubo, se a vítima, depois de chamar a Policia, consegue manter os ladrões sob vigilância, ou perseguição, não permitindo que desfrutem de posse tranqüila do que lhe roubaram ou que, de alguma forma, se afastem para além de seu alcance possível. Não é a tranqüilidade do ladrão na *apprehensio* da coisa que define a relação de posse nova. Se o seu proprietário ainda tem possibilidade de exercer a legítima defesa (ele ou terceiro), não existe perda de contato material com a *res*, de modo que inexiste a consumação".

Por isso é que o delito dos autos se configura como roubo qualificado, na sua forma tentada, art. 157, § 2º, I, combinado com o art. 14, II, do Código Penal brasileiro.

Por outro lado, é incontestável que o apelante, na época do delito, como ressalta o doutor procurador de Justiça, era menor de 21 anos e maior de 18, cabendo-lhe, portanto, a seu benefício, a aplicação da atenuante do art. 65, I, do

Código Penal brasileiro.

Nesses termos, é que se dá parcial provimento ao apelo, condenando-se o apelante Adailton do Rosário Pereira, atento a que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não lhe são desfavoráveis, à pena-base de quatro anos de reclusão, elevada para cinco anos e quatro meses, decorrentemente da qualificação do roubo, diminuída de dois anos e quatro meses, por se tratar de crime tentado, e, de mais um ano, por ser o apelante menor de 21 anos e maior de 18, na época do delito, restando em dois anos de reclusão, que deverão ser cumpridos, em regime aberto, visto que atende aos requisitos da lei.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, dar provimento parcial ao apelo, tudo à unanimidade.

Salvador, Sala das Sessões, 2 de fevereiro de 1990. Ivan Brandão - Presidente. Aloísio Batista - Relator.

#### HABEAS-CORPUS. RÉU JÁ CONDENADO. INDEFERIMENTO.

*Sob efeito de sentença condenatória, não pode o réu, em outro processo, alegar constrangimento ilegal. Decorrendo a demora do processo de expedientes procrastinatórios utilizados pelo impetrante, advogado do paciente, não se pode falar em excesso de prazo na formação da culpa.*

H.C. 22/89. Relator: Des. RUY TRINDADE.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus* 22/89, de Salvador, em que é impetrante

o Bel. Artur José Pires Veloso e paciente Clóvis do Nascimento Araújo.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por votação unânime, em indeferir a ordem.

Pelo advogado, Dr. Artur José Pires Veloso, foi ajuizada a presente petição de *habeas-corpus*, em favor de Clóvis do Nascimento Araújo, preso na Penitenciária Lemos Brito, por força de decreto prisional da responsabilidade do doutor juiz da 3<sup>a</sup> Vara Crime, distrital de Amaralina, sob a acusação de ter transgredido a regra do art. 157 do Código Penal brasileiro.

Em 5 de julho de 1983, ainda menor de 21 anos, foi o paciente preso sob a imputação da prática de diversos assaltos e, em consequência, foi-lhe decretada a custódia provisória, pelo ínclito juiz Dr. Valderio Daltro Tavares.

Alega o impetrante que o paciente está preso há mais tempo que o cominado em lei, mesmo se condenado pelo crime que se lhe imputa, tendo em vista ministrar-lhe benefício da menor idade, que lhe minimizará a pena em um terço, essa circunstância, dentre outras oriundas de desídia do juízo, vem caracterizando o constrangimento ilegal, em decorrência do excesso prazal.

Afirma ainda o impetrante que, dentre os prejuízos causados ao paciente por tal demora, cinge-se ao fechamento do seu direito de pleitear concessões legais, para minoração de sua prisão, sendo que não pôde, após cumprimento de pena de cinco anos e quatro meses a que fora condenado em outro processo, ser posto em liberdade, por força da prisão já examinada.

Requisitadas informações do douto juízo, o Dr. Murtinho Nobre Gomes forneceu-as, assegurando que o processo encontra-se na fase destinada a diligências desde abril do ano que passou, e, se não concluído ainda, deveu-se a ato do ilustre impetrante, que retirou os autos de cartório em maio seguinte, só os devolvendo em 20 de janeiro do corrente ano. Não se pode responsabilizar o juízo pelo retardamento do curso da ação penal.

Nesta instância superior, a dourada Procuradoria de Justiça, através do Dr. Ananias Souza, opinou pela denegação da ordem, porque não houve desídia do juízo na condução do feito, cuja demora foi causada pelo ilustre impetrante.

É o relatório.

No processo sob exame, o ilustre impetrante apresenta dois motivos causadores da demora na conclusão do feito e com isso impingindo prisão ilegal ao paciente.

Condenação a cinco anos e quatro meses de prisão por crime semelhante e contemporâneo àquele outro a que responde perante o *a quo*, cujos efeitos da prisão preventiva ainda amarga.

Sem embargo de qualquer discussão doutrinária, a função da sentença é declarar o direito e, no caso específico, a função da R. sentença, declarou o direito de punir do Estado ao paciente por crime de roubo. Consequentemente, essa declaração produz efeitos, sendo que o principal deles é a aplicação da pena, que, pelo princípio da detração, absorve os dias de prisão, que serão computados na execução da pena. Está, pois, o paciente sob o efeito de uma condenação, cuja sentença se constitui título executório, independentemente do trânsito em julgado, ou seja, preso através de "ordem escrita da autoridade judiciária competente".

No que tange ao excesso prazal, não se pode, à vista das informações do ilustre magistrado, atribuir ao juízo a responsabilidade dele, como bem acentuou o nobre procurador de Justiça; deve-se a demora a expedientes usados pelo próprio impetrante, em retendo os autos indevidamente, a título de preparação de diligências. Não pode o paciente vir a ser beneficiado diante de demora que ele mesmo provocou.

Denego a ordem.

Salvador, 15 de junho de 1989.  
Ivan Brandão - Presidente. Ruy Trindade - Relator.

**HOMICÍDIO. JÚRI. INEXISTÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. OBRIGATORIEDADE. NULIDADE DO JULGAMENTO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.**

*É imprescindível o corpo de delito. Se não se provar a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o exame indireto. De nenhum valor a retratação de anterior confissão, quando esta é patente, em face dos elementos constantes do processo, ensejando a convicção de que a decisão não afrontou a prova dos autos.*

Ap. Crim. 155/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 155/88, de Vitória da Conquista, sendo apelante Jailton da Silva Santos e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em dar provimento parcial ao apelo, à unanimidade.

Jailton da Silva Santos, nestes autos identificado, foi denunciado, perante a Vara Crime da comarca de Vitória da Conquista, deste estado da Bahia, como incursão, por duas vezes, nas penas do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal brasileiro, porque no dia 3 de abril de 1985 assassinou, a golpes de faca, no Alto das Pedrinhas, um marginal, conhecido por "Carioca", e, evadindo-se apressadamente desse local, chegou à Praça da República, matando, também, na fuga, com um golpe da mesma faca, o vigilante noturno Rosalino de Souza, porque este o interceptara, sob suspeita, dando-lhe ordem de prisão.

Concluída a instrução, foram os autos destruídos, parcialmente, por incêndio, no Fórum local, mas, logo restaurados, na forma da lei.

Pronunciado, como pedido na de-

núncia, foi submetido a julgamento, pelo Tribunal do Júri da comarca, que o condenou a seis anos de reclusão, pelo homicídio contra a pessoa de "Carioca", e a 12 anos de reclusão, pelo do vigilante noturno, Rosalino de Souza, num total de 18 anos de reclusão, consoante sentença de fls. 35 a 36 e termos de votação de fls. 31 e 33, respectivamente.

Inconformada a defesa, com base na letra d, III, do art. 593 do Código de Processo Penal, interpôs, a tempo, o presente recurso apelatório (fl. 41), com as razões de fls. 44 a 46, argüindo a nulidade do processo, quanto ao homicídio, na pessoa de "Carioca", preliminarmente.

No mérito, alega que o júri decidiu, afrontando a prova dos autos, já que de "Carioca" se defendera sob a égide da excludente de ilicitude do inc. II, art. 23 do Código Penal, negando a autoria quanto ao assassinato de Rosalino de Souza.

O apelado, o Ministério Público, pelo seu ilustre representante na comarca, ofereceu as contra-razões, às fls. 44 a 51, rebatendo os argumentos do apelo.

Nesta superior instância, o doutor procurador, às fls. 55 a 56, repeliu a nulidade argüida e concluiu pelo improviso do apelo, ofereceu parecer.

É o relatório

É firme a doutrina e nela se estabelece a nossa jurisprudência, inclusive, da Corte Suprema, de que a nulidade substancial, absoluta, identificável, quando falta elemento indeclinável para a formação e desenvolvimento da instância, deve ser declarada e decretada, mesmo sem motivação recursal original e ainda que não denunciada, pelas partes, no momento procedural oportuno, salvo hipótese de interesse de defesa e com atenção às regras do art. 565 do Código de Processo Penal e à Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal. E isso é assim porque a nulidade de sentido substancial é de ordem pública. É a lição de Hermínio A. M. Porto, *in Juri*, 5. ed., p. 56 e 57.

Se certo é que o art. 158 do Código de Processo Penal admite, como prova

da infração que deixa vestígios, tanto o exame de corpo de delito direto como o de indireto, não podendo ser suprido pela confissão do acusado, indiscutível se torna, também, que o direto só pode ser suprido pelo indireto, quando os vestígios tenham desaparecido, consoante preceitua o art. 167 do referido diploma legal.

Assim, deixando vestígios o delito, necessário se torna o exame de corpo de delito direto.

Os vestígios corporificam o *corpus delicti*, o próprio crime na sua tipicidade e, se estes existiram por tempo suficiente para o devido registro, mediante a perícia, supri-lo pelo testemunho é atentar contra o inviolável direito de defesa, de base constitucional.

Quando a lei admite o exame de corpo de delito indireto, pelo testemunho e outros elementos, como supletivo do direto, a regra geral e básica atende, precisamente, para a natureza do delito: infração que deixa vestígios, isto é, infração de fato permanente, como é o homicídio, bem diferente da infração de fato transeunte, como o delito contra a honra, praticado pela forma verbal, que se esvai de imediato.

Até mesmo o entendimento menos rigoroso a respeito da matéria só admite ser suprido o exame de corpo de delito direto nas infrações que deixem vestígios, quando ficar comprovada a sua impossibilidade de realização por circunstâncias especiais, o que não é o caso dos autos, como veremos a seguir:

"Só na impossibilidade da realização de exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta" (RTJ 58/860).

"É imprescindível o corpo de delito. Se não se provar a impossibilidade de obtê-lo, nenhuma valia tem o exame indireto" (RT 90/816).

O Supremo Tribunal Federal só tem admitido, em caso de homicídio doloso, a ausência, nos autos, do exame tanatoscópico, para oferecimento da denúncia, quando o resultado morte esteja

demonstrado por outras provas (RT 544/307), ou, até mesmo, as alegações finais, abrindo uma exceção, ante circunstâncias peculiares, à regra do art. 525 do Código de Processo Penal (RT 548-310):

"No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituem o corpo de delito".

Arrematando, é oportuno a citação que se segue:

"Sendo o exame de corpo de delito possível, ao tempo da infração, mas não sendo realizado, não sobra lugar para o exame de corpo de delito indireto" (Julgados do TACrim-SP 43/374-114).

Daí por que o legislador, no art. 564, III, b, do Código de Processo Penal, sancionou a nulidade do processo, quando ausente o exame de corpo de delito nos crimes que deixem vestígios.

No caso dos autos, é indiscutível que a vítima, "Carioca", a quem confessou ter assassinado o apelante, apesar de ter sido encontrada com cinco golpes ou ferimentos, que se supõem feitos a faca, não foi necropsiada e o cadáver, para espanto de todos, "desapareceu". A defesa alegou este fato, inclusive, quando das alegações finais, às fls. sem número dos autos semidestruídos por incêndio.

Apesar desse fato incontroverso, foi o apelante submetido a julgamento, por esse suposto homicídio, e condenado a seis anos de reclusão, consoante se vê da sentença apelada, fls. 34 a 36.

Por essas razões e com arrimo, até, no § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, declara-se nulo o processo, *ex radice*, com relação ao homicídio na pessoa de "Carioca", cassada a sentença na parte que o condenou à pena de seis anos de reclusão, sem prejuízo da instauração de nova ação penal.

Por outro lado, verifica-se que a negativa de autoria do delito cometido contra a vida de Rosalino de Souza não encontra substancial apoio na prova; o apelado a confessou, quando preso em flagrante delito e os autos não oferecem

convicção de que fora submetido a tortura ou sevícia para tanto. O júri usou de sua faculdade, desvalorizando a retratação da confissão, com elementos nos autos, e por isto não se decidiu, manifestamente, contrário às provas.

Inexiste contradição nas respostas aos quesitos, como pretende o apelante e como demonstra o apelado.

Nega-se provimento ao apelo.

Salvador, Sala das Sessões, 30 de novembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

#### **HOMICÍDIO. VEREDITO CONDENATÓRIO.**

*Apelo consignado na ata. Fundamentos do art. 593, III, a e d do Código de Processo Penal. Não-oferecimento das razões recursais. Conhecimento do recurso e improvimento em face da inexistência de nulidade posterior à pronúncia e assentar-se a decisão recorrida na prova dos autos.*

Ap. Crim. 173/87. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 173/87, de Salvador, sendo apelante Luiz Carlos Santos Silva e apelado o Ministério Públíco.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, pelas razões seguintes.

Incorpora-se à decisão o relatório da sentença de fls. 172/177 e o de fls. 229/230, lidos na íntegra.

Pronunciado o ora apelante como inciso nas sanções do art. 121, § 2º, I e VI, do Código Penal, e submetido ao julgamento do júri resultou condenado à pena de 12 anos de reclusão.

Repelida pelos jurados a tese defensiva sustentada em plenário da legítima defesa, foram, por outro lado, acolhidas as qualificadoras do motivo torpe e da surpresa, recurso que dificultara ou tornara impossível a defesa da vítima, e reconhecida, também, a atenuante do art. 65, III, d, do estatuto penal.

Daí o recurso consignado na ata de fl. 211, com fundamento no art. 593, III, a e d, do Código de Processo Penal, em que tivessem sido apresentadas as razões recursais (fls. 220 e 222).

A falta, porém, das razões não constitui óbice ao conhecimento do recurso apelatório, contrariado, na medida possível, pelo ilustre representante do Ministério Público do primeiro grau.

Nesta superior instância, opinou o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça pelo improviso do recurso, sob qualquer dos fundamentos invocados pelo recorrente, nulidade posterior à pronúncia ou decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sendo que de referência à primeira não explicitou o recorrente, de modo a não se poder contestá-la ou apreciá-la, e quanto ao segundo fundamento, decisão manifestamente contrária à prova dos autos, no que diz respeito à negativa da autoria, e esta foi a tese sustentada em plenário, e mesmo de referência às qualificadoras, nos autos há prova desta autoria, inclusive confessada pelo apelante no IPM (autos apensos), bem como das circunstâncias do crime.

Razão assiste ao ilustrado representante do Ministério Público do segundo grau.

Não obstante o silêncio do recorrente, quanto à hipótese da alínea a, III, art. 593 do Código de Processo Penal, o exame dos autos permite, sem dúvida, afirmar-se a inocorrência de qualquer nulidade posterior à pronúncia.

Pronunciado o apelante, intimado da pronúncia, oferecido o libelo-crime, concedida à defesa oportunidade para contrariá-lo, cumpridas as exigências legais para o julgamento, realizado este,

observadas as formalidades legais, prolatada a sentença, sem vulneração aos cânones legais, tem-se por inconfigurada qualquer nulidade que pudesse servir de fundamento ao apelo.

Quanto à negativa de autoria, mostra-se referida alegação inteiramente insustentável.

Basta considerar a existência, nos autos do IPM em apenso (fls. 36/38), de confissão do acusado, confissão esta, cabalmente, corroborada pelo depoimento de fl. 152 do motorista do caminhão, em cuja carroceria foi a vítima golpeada mortalmente, enquanto dormia, ou descansava, que identificara o acusado como o autor do golpe contra a vítima, após o que descerá do caminhão e saíra correndo.

E nas circunstâncias relatadas, evidenciam-se configuradas as qualificativas reconhecidas pelos jurados, de modo que se não pode considerar a decisão recorrida contrária, ou sem apoio, à prova dos autos.

Assim, acolhendo o parecer da douta Procuradoria de Justiça, nega-se provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 18 de maio de 1989. Ivan Brandão – Presidente e Relator.

*JÚRI. APELAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. MAIS DE UMA VERSÃO, SENDO UMA DELAS COATA. INDICIAÇÃO DA AUTORIA DE TERCEIRO, POR CONFISSÃO. INOCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO DO APELO.*

*Ao júri, na soberania de seus veredictos, cabe escolher entre as versões oferecidas nos autos, especialmente, quando a rejeitada se encontra revestida de sinais de coação e presente está a indicação da autoria de terceiro, por confissão.*

*Apelo, que pretende valorize o ad quem a versão que melhor lhe parece, improvido.*

Ap. Crim. 228/87. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 228/87, de Senhor do Bonfim, em que é apelante o Ministério Público e apelados Ailton Bispo da Silva e João José Damasceno.

Na comarca de Senhor do Bonfim, deste Estado da Bahia, os apelados Ailton Bispo da Silva e João José Damasceno, nestes autos identificados, foram denunciados como incursos, ambos, nas penas do art. 121, combinado com o art. 29 do Código Penal brasileiro, porque, no dia 8 de março de 1984, assassinaram Antero Salustiano da Silva a paulada, à noite, quando voltavam para suas residências, embriagados, por motivos não-conhecidos.

Após regular instrução, foram os mesmos pronunciados nas sanções do art. 121, § 2º, IV, combinado com o art. 29 (reconhecida a qualificativa de impossibilidade de defesa) do Código Penal brasileiro.

Da pronúncia, interpôs a defesa recurso em sentido estrito (fl. 112), que não logrou êxito, como se vê do vencendo acórdão de fls. 138 a 140.

Cumpridas as formalidades do estilo, foram os réus submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri da comarca, quando foram absolvidos, já que o Conselho de Sentença, por maioria de votos, negou a autoria (fls. 222 a 223).

Contra essa decisão, veio a tempo o recurso do Ministério Público (fl. 228), com fundamento na letra *d*, III, do art. 593 do Código de Processo Penal, decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

As razões do apelo vieram para os autos, com excesso de prazo, o que se justificou à fl. 230.

A defesa contrariou o apelo, às fls. 237 a 239. Levanta preliminar de intempestividade.

Nesta superior instância, o doutor procurador, no seu parecer de fls. 244 a 245, conclui pelo provimento do apelo, porque os autos oferecem melhor versão que a acolhida pelo júri.

É o relatório.

A intempestividade do apelo, arguida pelos apelados, estaria, não na interposição do recurso (fl. 228) que veio para os autos, no quinquídio legal, mas, no excesso de prazo, para apresentação de suas razões, visto que, intimada a doutora promotora, em 10 de setembro de 1987, só as apresentou em 29 do mesmo mês, ultrapassando, assim, o prazo de oito dias, previsto no art. 600 do Código de Ritos.

Em verdade, o próprio apelante reconhece o excesso prazal, visto como, na sua petição de fl. 230, o justifica, ante o excesso de trabalho, ao lado de restrições de saúde, decorrentes das próprias condições de trabalho.

A jurisprudência do nosso País a respeito da matéria é firme, no sentido de que não se considera intempestivo o recurso, interpuesto, no prazo legal, só pelo fato de excesso prazal para a apresentação de suas razões; o fato não induz nulidade, mas será mera irregularidade, desculpável, quando justificado o atraso (*RTJ* 57/162, *RT* - 519/31, 425/306), como no caso, hipótese que não enseja, até, o desentranhamento.

Rejeita-se a preliminar.

Os apelados, quando interrogados em juízo e perante o Tribunal do Júri, concordam com a presente versão (fls. 31 a 35 verso e 203 a 206), ficando esclarecido que João José esteve em casa de Ailton e eram vizinhos (fls. 34v e 205v), como, ainda, que a casa de Ailton fica atrás do posto a que se referiu o já citado "borracheiro" (fls. 73 a verso). Negam a autoria do delito.

Ora, o peso da acusação está no fato de que os acusados e vítima foram vistos bebendo juntos e saíram juntos do bar e que o crime ocorreu depois dessa saída, à noite, numa estrada solitária; isso foi o que levou a autoridade policial a indicar os apelados e deles obter confissão, retratada em juízo e perante o

Tribunal do Júri, com veemência, sob a justificativa de que foram os apelados submetidos a sevícia.

Aqui estão, indubitavelmente, duas versões sobre o fato delituoso: a primeira, com fatos conhecidos e comprovados, mas que não leva à conclusão de que foram os apelados os autores do hediondo homicídio, necessariamente, à evidência. Anote-se que acusados e vítima bebiam amigavelmente e inexistiu evidência de motivação para o delito. A segunda, firmada em uma confissão perante a autoridade policial, retratada, em juízo, como permite o art. 200 do Código Penal e ressaltou o venerando acôrdão de fls. à fl. 140:

"Consoante o disposto no art. 200 do Código de Processo Penal, a confissão sendo retratável, sua retratação não anula o livre convencimento do juiz".

A jurisprudência pátria, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que a confissão feita no inquérito policial, embora retratada em juízo, tem valia, desde que não elidida "por quaisquer indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustável aos fatos apurados". É o sentido do preceito contido no art. 197 do diploma processual penal.

O que ocorre, no presente caso, é que o júri aferiu, pela confrontação dos elementos de provas carreados para os autos e, na sua soberania, hoje, em termos expressos na Constituição Federal, decidiu pela negatória da autoria e isso não é violar a evidência das provas ou decidir manifestamente contrário a essas provas.

E a dota Procuradoria de Justiça, no seu parecer de fls. 132 a 133 ao recurso *stricto sensu* da pronúncia, justificou a admissibilidade desta, onde a certeza absoluta da autoria é desnecessária, bastando, apenas, a suficiência dos indícios; para a condenação, contudo, a certeza se faz, absolutamente, indispensável.

Gravar, porém, é salutar que a autoridade policial que presidiu o investigatório deixou clara uma conduta repa-

rável, na busca da verdade, e isso apóia a alegada confissão coata, repudiada pelo júri.

Vejamos.

O auto de prisão em flagrante delito é *sui generis*. A própria autoridade que o presidiu, Bel. Robson Moracci, delegado circunscricional de polícia, faz as diligências sobre o delito cometido na noite anterior; pessoalmente, procede ao levantamento do cadáver; procura e prende os suspeitos e o faz como se em flagrância de delito estivessem; compromissa-se a apresentar os presos a si mesmo; na delegacia, diz que estes confessaram o crime; compromissa testemunhas de todos estes atos seus e ouve, em interrogatório, os indiciados.

Para evidência dos atos arbitrários, porque ao arrepio da legislação específica, diz a testemunha Ana Onória da Silva (fl. 210), negando a confissão do indiciado João José:

"... que João José negou a sua participação no crime todo o tempo; em nenhum momento confessou; que na delegacia só se encontrava o delegado, dois agentes e a depoente".

E mais para frente, fl. 210v, acrescenta:

"... que não pode dizer se em algum momento o acusado João José declarou que tinha participado do crime, pois tinha horas que eles ficavam dentro do gabinete do Dr. Robson e que o mesmo trancava a porta de seu gabinete".

*Intelligenti pauca!*

Pergunta-se: onde está na lei processual penal que o delegado deva trancar um indiciado em seu gabinete, com ele, em meio a um interrogatório, buscando a confissão de autoria de um delito? Para que o fez? Outra não pode ser a resposta, senão a que está na palavra dos apelados: coação.

Por sobre tudo isso, os documentos de fls. 161 a 183, peças do inquérito policial instaurado pela 14<sup>a</sup> Dirpin, sob a presidência do bacharel-delegado Antônio Galvão Duarte Simões, para apurar a autoria do mesmo fato, confessada a terceiros pelo conhecido marginal Carlos de Zé Pernambuco, em co-autoria

com o indivíduo chamado de "Bizeca", vêm a favor da negativa de autoria, sustentada no plenário do júri e em todo o processo a que respondem os apelados.

Aí está a comprovação de que a decisão do júri foi sensata e não ofendeu a prova dos autos, cumprindo assim o Conselho de Sentença o juramento que fez:

"Proferir a decisão de acordo com a consciência e os ditames da Justiça" (art. 464 do Código de Processo Penal).

Por tais razões, acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em Turma da Segunda Câmara Criminal, em negar, à unanimidade, provimento ao apelo, posto que a decisão do júri foi sensata e não ofendeu a prova dos autos.

Salvador, 19 de outubro de 1989.  
Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

#### JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. EXISTÊNCIA. DEPOIMENTO ISOLADO, NO INQUÉRITO POLICIAL. CONCEITO DE VERSÃO. PROVIMENTO.

*Se o testemunho é isolado no inquérito policial e não foi trazido para o sumário, embora o único que atenderia à pretensão da defesa, em parte, não pode ser considerado "versão", no sentido de alicerçar uma decisão, contra a evidência dos autos. Apelo provido.*

Ap. Crim. 126/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 126/88, de Jequié, em que é apelante o Ministério Público e apelado Joel Santos de No-

vaes.

Por volta das duas horas da madrugada de 24 de março de 1985, no interior de um reservado do bar denominado "Bioska do Zito", sítio na rua Capitão Silvino Araújo, na cidade de Jequié, deste Estado da Bahia, Joel Santos de Novaes, nestes autos identificado, com um tiro de revólver, "à queima-roupa", assassinou Antonio Pereira Amorim, consoante descreve o laudo de exame cadavérico de fls. 6 a 7, por motivo fútil, objetivado na interferência deste, para livrar das garras de um indivíduo chamado "Gasó", amigo daquele, Marlène, sua amiga.

Por esse fato foi Joel Santos de Novaes denunciado como incursão nas penas do art. 121, § 2º, II, do Código Penal brasileiro, e, após regular processo, nelas pronunciado, fls. 72v a 73v.

Inconformado, recorreu da pronúncia, sem sucesso, fls. 94 a 97.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, foi absolvido, porque teria praticado o fato em legítima defesa de sua própria pessoa, fls. 154.

O Ministério Público, irresignado, apelou desta decisão, alegando, em resumo, que ela afronta a prova dos autos, visto que uma só é a versão dada pelos testemunhos *de visu*, fls. 164 a 167.

A defesa argumenta que os autos oferecem duas versões e ao júri, na sua soberania, compete escolher, somente.

Nesta superior instância, o doutor procurador de Justiça lançou o seu parecer, às fls. 173 a 174, adotando as razões do apelo e concluindo pelo provimento.

É o relatório.

O exame conjunto dos depoimentos das pessoas que presenciaram o fato delituoso, e estes são os de fls. 10 a 15, da fase inquisitorial, em consonância na sua essência, quando repetidos no sumário, fls. 50 a 51v, revela, atento o testemunho do proprietário do bar onde se deu o fato, Josezito de Jesus Costa, fls. 49 a verso, o qual só presenciou, *de visu*, as circunstâncias que o antecederam e seguiram, a seguinte versão, completamente divorciada da história contada

pelo apelado, em seus interrogatórios, onde se põe como vítima de agressão, por parte da vítima, pelo simples motivo de ter cumprimentado, em retribuição, num gesto carinhoso, uma de suas companheiras de bar, passando-lhe a mão no pescoço, ou, apenas, mantido palestra com ela, na forma do depoimento de fls. 20 a verso:

Na madrugada do fato, no interior do Bar de Zito, conhecido por "Bioska do Zito", encontraram-se acusado, vítima, esta com três amigas (Marlene, Ivoine e Marinês), Alfredão, Miguel, o próprio Zito, o garçom Joselito, além de outras pessoas.

Alfredão, que sempre se fazia passar por policial, para não pagar as despesas de bar, agiu da mesma maneira, naquela oportunidade, discutindo com Zito, ocasião em que a vítima Antonio procurou saber do que se tratava, interferindo, mas afastado, por Zito, que lhe assegurava que tudo estava sob controle e que ficasse frio.

Alfredão pagou a conta e saiu, parece que em companhia de Miguel.

A partir desse momento, teve início a interferência de Joel, o acusado, que, embora não estivesse no exercício de suas funções de policial, quis como tal agir, mesmo tomado por alguns "goles".

Dirigiu-se a Antonio, a vítima, e lhe perguntou se era policial e pediu identificação, no que foi atendido, examinando a carteira de identidade de Antonio, a quem convidou para ir a um reservado do bar.

Ali ficaram por algum tempo, saíram e para lá voltaram, onde demoraram, depois de dispensar Antonio uma de suas amigas, que, preocupada, queria saber o que estava acontecendo, sob a afirmação de que tudo estava bem e que só queria recuperar o seu documento das mãos de Joel.

Anote-se que, durante todo esse tempo, esteve em companhia de Joel um cidadão conhecido por "Gasó", sapateiro ou ajudante de sapateiro.

Demorando-se Joel e Antonio, no diálogo, no reservado, preocupada, para ali se dirige Marlène, momento em que

"Gasó" a agarra forte, libidinosamente, ao que protestou, com firmeza, Antonio; "Gasó" não atendeu a Antonio, no pedido de que soltasse Marlene, e então resolveu tirar Marlene dos seus braços, puxando-a; nessa ocasião, Joel, friamente, sacou de sua arma e, à queimaria, no dizer das testemunhas presenciais, atirou no pescoço de Antonio, transfixando o projétil a carótida, traquéia, o que lhe causou a morte, por anemia aguda, segundo o laudo tanatoscópico, de fls. 6 a 7.

Eis a cena real, de acordo com os elementos dos autos acima citados, desde quando os demais depoimentos são de pessoas que não assistiram no seu momento principal.

Mas, nos autos do inquérito policial, existe um depoimento, o de Manoel Miguel de Almeida Botelho, tudo indicando que o companheiro de Alfredão, como, também, amigo de Joel, que, em linhas substanciais, sobre a história de Joel, o apelado, no que diz respeito a uma agressão por parte da vítima, a "chutes", luta corporal e tentativa de se apoderar da arma, que Joel tinha à cintura, ocasião em que foi baleado, só porque Joel cumprimentara uma companheira, amiga ou conhecida de Antonio, a vítima.

Este depoimento não foi trazido para o sumário, restando solto no inquisitório, uma vez que não arrolado na vestibular acusatória e, tampouco, na defesa prévia, ainda que a defesa fosse favorável.

No entanto, é sobre ele que a defesa se firma, para tê-lo como "segunda versão", de cuja escolha não se pode proibir o júri, porque soberano nos seus veredictos.

Mas, não se revela evidente o argumento da douta defesa.

Com efeito, "versão" não é qualquer história ou relato que se dá sobre um fato típico, mas, evidência de prova. Permitindo a lei adjetiva penal o apelo, com fulcro na letra *d* do inc. III do art. 593, do Código de Processo Penal – "for a decisão dos jurados manifesta-

mente contrária à prova dos autos" –, fala, no texto, em "prova", e, por isto, a palavra "versão" tomou, na espécie, sentido técnico especial, equivalente a relato conducente à certeza, à prova. Prova contraditória, por outro lado, não é prova, porque não existe "verdade errônea". Assim, emerge a conclusão de que, se a versão é repelida, por inverossímil ante o contexto dos autos, não é versão e, por isso, não é prova; a decisão, portanto, que dela advém é, indubitável e manifestamente, contrária à prova dos autos. A prova não se reparte, mas é um uno, que se demonstra por vários elementos, até, mas entrelaçados. Se um destes elos não se ajusta, não pertence à corrente e não leva a lugar nenhum, porque não tem natureza probante.

O depoimento de fls. 20 a verso é um elo solto e que não leva à certeza por si só. Ele próprio não se acomoda na definição legal da excludente de ilicitude da legítima defesa, porque não esclarece, se agressão injusta houve, a proporcionalidade da defesa.

Por isso é que o júri decidiu manifesta e contrariamente à prova dos autos.

Se ao Tribunal não compete valorizar a prova, especialmente, hoje, quando a soberania dos veredictos do júri está expressa na Constituição Federal, não lhe é vedado, mas seu mister, dizer se a decisão está ou não assentada em prova. No caso *sub judice*, não está.

Dá-se provimento ao apelo.

Por tais razões, acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em Turma da Segunda Câmara Criminal, em dar provimento, à unanimidade, ao apelo, a fim de anular o julgamento, submetendo o apelado a novo julgamento.

Salvador, Sala das Sessões, 19 de outubro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

## JÚRI. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER EM CONCURSO MATERIAL.

*Desclassificação do homicídio para culposo e acolhimento do crime do art. 211 do Código Penal. Apelos simultâneos da defesa e da acusação, respectivamente, com fundamento nas alíneas a, c e d inciso III, art. 593, do Código de Processo Penal. Improvimento a ambos os apelos.*

Ap. Crim. 141/87. Relator: Des. IVAN BRANDAO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 141/87, de Itabuna, sendo apelantes e apelados, simultaneamente, Astério Ricardo Conrado Rebouças e o Ministério Público.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento a ambos os apelos, pelas razões a seguir expostas.

Incorpora-se à decisão o relatório da sentença de pronúncia de fls. 382/386, lido na íntegra.

Transita em julgado a sentença de pronúncia, pela qual imputaram-se ao acusado, Astério Ricardo Conrado Rebouças, os crimes dos arts. 121, § 2º, II, e 211, do Código Penal, e submetido ao julgamento do Tribunal do Júri logrou decisão desclassificatória para homicídio culposo, reconhecida pelos jurados por haverem dado causa ao resultado morte da vítima por imprudência, afirmando, por outro lado, o crime no art. 211 do Código Penal, consistente na ocultação de cadáver.

Na apenação, fixou a ilustre juíza-presidente do júri a pena-base em três anos de detenção, para o homicídio, acrescendo-a de mais um ano, consoante o § 4º do art. 121 do estatuto repressivo, apenando, também, no máximo, três anos de reclusão, com referência à ocultação de cadáver (art. 211, CP), com cumprimento em regime aberto.

Da referida sentença, interpuseram apelação limitada, simultaneamente, a defesa, com fundamento no art. 593, III, a e c, por entender padecer do vício de nulidade a sentença, e, também, por ocorrência de erro ou injustiça na apenação, e o Ministério Público, com assento na alínea d, III, art. 593 da lei adjetiva penal, incidindo o apelo, tão-somente, sobre o homicídio.

Produzidas as razões e as contrarazões, os autos vieram à superior instância.

Colhido o parecer do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, manifestou-se sua excelência pelo improvimento do apelo da defesa e provimento do recurso da acusação pública.

É o relatório.

Da descrição da inicial acusatória de fls. 2/3, tem-se, por demais evidenciado, o comportamento antijurídico do acusado, Astério Ricardo.

Jovem irresponsável, após o uso de bebida alcoólica pelos bares da cidade, ao regressar, com os seus companheiros de farra, ao apartamento onde, há pouco tempo, convivia com a vítima, uma jovem imatura ainda, quase adolescente, que desabrochava para a vida, deflagrava-lhe um tiro fatal com uma arma que, instantes antes, exibia aos companheiros, em meio a conversas de troca por uma outra, mas, que, em dado momento, apontou-a para a vítima, ao seu lado descuidada, acionando o gatilho até a eclosão do disparo, após ter-lhe perguntado se duvidava que ele, Astério, lhe daria um tiro.

Esta a reconstituição da tragédia, possível de fazer-se através das declarações do acusado e de seus dois companheiros, Pedro José de Almeida Santos Neto e Luiz Augusto Tavares Bastos (fls. 34, 44, 183, 193, 195, 261, 276 e 278), os únicos dos que viveram o drama, e sobre este foram chamados a relatar.

Ponto que se afigura como essencial é o de haver o acusado Astério recolocado o pente de balas na arma, para depois acioná-la (fls. 276 e 278).

Pedro José de Almeida Santos Neto, no termo de acareação de fl. 261, confirma, com detalhes, que Asterinho, após apontar a arma para Rita, a vítima, pegara o pente e o colocara na arma e, só então, é que fizera o disparo.

Estes os fatos que se colhem da prova, o que equivale a dizer que não há outra qualquer versão, de sorte que sobre eles incidiu a decisão dos jurados, não se podendo dizê-la manifestamente contrária à prova dos autos.

Poder-se-ia até adiantar que, se acolhida fosse a tese da acusação, do mesmo modo, não resultaria afrontosa.

Assim, indaga-se: nesse quadro, teria agido o acusado com dolo, mesmo eventual, culpa consciente ou inconsciente?

Embora voluntária a ação de acionar o gatilho da arma, assumira o risco de produzir o resultado morte da vítima? ou optara, ou confiara em sua não-produção?

Eis a questão. Em face da objetividade dos fatos, qualquer destas hipóteses poderia ter ocorrido.

Consoante a doutrina penal, ocorre o dolo eventual quando o agente assume o risco de produzir o resultado. Isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. A vontade não se dirige ao resultado, mas, sim, à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele, e, não obstante, realiza a conduta. Entre desistir da conduta e causar o resultado, prefere que este se produza.

Mas, a noção de dolo eventual há que estar relacionada com a culpa consciente, situação em que o resultado é previsto pelo sujeito, que espera, levianamente, que não ocorra, ou que possa evitá-lo. É a chamada culpa com previsão.

Ao municiar a arma, colocando o pente de balas, apontá-la em direção da vítima e deflagrá-la, atingindo-a mortalmente, mesmo que não tivesse a intenção, o dolo direto de matá-la, entre desistir da conduta e causar o resultado, o acusado Astério Ricardo teria preferido que este se produzisse?

Ou, tendo previsto o resultado, como consequência de sua conduta, de seu ato, teria esperado, levianamente, que tal não ocorresse?

Os jurados inclinaram-se, informados pelo princípio da íntima convicção, por esta última opção, sem que se possa dizer haverem decidido, de modo manifesto, contra a prova dos autos.

Quanto aos aspectos do apelo da defesa, também, se mostram inacolhíveis.

Não obstante a concisão na apreciação dos índices do art. 59 do Código Penal, na apenação pela ilustre *a quo*, não se pode dizê-la desfundamentada de modo a acarretar a nulidade alegada. O juiz apreciou, suficientemente, o grau de culpa, no limiar de dolo eventual, as consequências do crime, o modo de vida do acusado, a sua personalidade, as circunstâncias do fato, que traduzem o pouco valor que o acusado atribui à vida humana, fixando a pena-base em três anos, acrescendo-a de mais um ano, em face da incidência do § 4º, art. 121, do Código Penal, hipótese em que, por se tratar de causa de especial aumento da pena, em sua concretização pode ultrapassar o máximo abstratamente cominado, não padecendo a sentença de nulidade, nem se revela injusta no tocante à pena.

De igual modo, as mesmas considerações aplicam-se quanto à pena de referência à ocultação de cadáver, fixada em três anos de reclusão, pois, se a um exame menos atento possa parecer desarrazoado, porque no máximo abstratamente cominada, tal, todavia, não se mostra, ante o empenho, a determinação do acusado na ocultação do cadáver, inclusive, mediante coação dos seus companheiros.

Improcedente, também, o entendimento do ilustre signatário das razões recursais, de que, *in casu*, a ocultação do cadáver não foi mais do que ato de exaurimento do crime de homicídio, configurando-se hipótese de concurso material de crimes.

Consoante a orientação doutrinária e jurisprudencial, inclusive da nossa

Corte de Justiça, perfeitamente possível o concurso material entre crimes de homicídio e ocultação de cadáver, traduzindo qualquer das modalidades de conexão, seja ideológica, consequencial ou ocasional.

Assim, nega-se provimento a ambos os apelos, confirmando-se a sentença recorrida, *data venia* da douta Procuradoria de Justiça.

Sala das Sessões, 23 de novembro de 1989. Ivan Brandão - Presidente e Relator.

#### JÚRI. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IMPERFEIÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.

*A confissão dos réus na fase policial de autoria do delito, ratificada a confissão pelo co-réu no plenário do júri, é prova suficiente para decisão condenatória, afastando o fundamento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. A fixação incorreta da pena, através de sentença a que faltam os necessários fundamentos de individualização, em desconformidade com os princípios atinentes ao arbitrum regulatum, sugere a sua modificação, com obediência à regra prevista no art. 59 do Código Penal.*

Ap. Crim. 06/89. Relator: Juiz MOACYR PITTA LIMA.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal 06/89, de Salvador, em que são apelantes José Roberto Sabino e José Antonio Costa Mendes e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Cri-

minal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento parcial aos recursos, para reduzir a pena.

Adoto o relatório de fls. 298 a 299, aduzindo mais que os recorrentes, irresignados com a decisão do Tribunal do Júri e com a aplicação da pena, asseverando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos e que houve exacerbação na fixação da pena, interpuíram recurso de apelação, com fundamento no art. 593, III, c e d, do Código de Processo Penal.

Quanto ao primeiro fundamento, de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a argüição não procede.

A confissão dos apelantes no inquérito policial, com ratificação no plenário do Tribunal do Júri do co-réu José Antônio Costa Mendes, narrando detalhadamente o *iter criminis*, é prova suficiente para reconhecimento de responsabilidade delituosa e consequente decisão condenatória, devendo ser ressaltado que a ilicitude foi perpetrada sem a presença de testemunhas.

Ademais, não se configura incoerência a particularidade do Conselho haver reconhecido a existência de coação moral e negado que essa coação fora irresistível, pois, se assim não fosse, seria desnecessária a separação da tese de coação moral irresistível em três quesitos, a indagação seria efetivada em um só quesito.

Quanto ao segundo fundamento dos recursos de exacerbação na aplicação da pena, verifica-se que a sentença do digno *a quo* labora em equívoco na individualização da pena, não só no que diz respeito às diretrizes delineadas no art. 59 do Código Penal, na análise das circunstâncias judiciais, em cotejo com os subsídios colhidos nos autos, para a fixação da pena-base, como também na diminuição consequente de reconhecimento de atenuante genérica.

A aplicação da *sanctio juris* há de obedecer à valoração jurídico-social do fato, não devendo ser levado em conta sómente o fato criminoso nas suas

circunstâncias objetivas. O réu deve ser apreciado através de todos os fatores de sua individualidade moral e de sua maior ou menor desatenção à disciplina social. O magistrado, atendendo aquele princípio "Justiça conheça o homem" e não "Homem conheça a Justiça", deve investigar cuidadosamente os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento da índole do réu, como as condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta subsequente ao crime, a sua maior ou menor perigosidade, a possibilidade ou não de voltar a delinqüir ou praticar fato definido como crime, em suma um diagnóstico de sua personalidade, a fim de que tenha condições de, individualizando a pena, atender ao direito do réu, de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela sanção.

Os subsídios colhidos nos autos sugerem que a pena imposta aos réus seja reformada, obedecendo-se à regra prevista no art. 59 do Código Penal.

O apelante José Roberto Sabino é réu primário, apesar de não possuir bons antecedentes, tratando-se de um jovem com 24 anos, sendo que, quando da prática ilícita, possuía 19 anos, com amplas possibilidades de reintegrar-se no futuro a uma vida social sadia, respeitando as regras de conduta. Na prática delituosa, com dolo intenso, os réus e a vítima encontravam-se sob o efeito do uso de tóxico, sendo que todos pertenciam à classe social inferior, pouco alfabetizados, e que viviam em condições precárias, na marginalidade, desprovidos de educação. O apelante José Antonio Costa Mendes não possui bons antecedentes, estando a cumprir pena de cinco anos e quatro meses de reclusão, por prática de assalto. Com o reconhecimento do Conselho, de que ele praticou o delito sob coação, tal particularidade é elemento influenciador na fixação da pena-base. A motivação da ilicitude foi decorrente de uma dívida. As consequências do crime foram as mais danosas, com o sacrifício de uma vida humana, ainda iniciando a adolescência.

Em harmonia com o exposto, entendeu-se em dar provimento parcial

aos recursos, para condenar José Roberto Sabino como inciso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, com as atenuantes previstas no art. 65, I e III, d, do mesmo Código, à pena-base de 15 anos de reclusão, diminuindo um ano pelas atenuantes, para fixar a pena em definitivo em 14 anos de reclusão, a ser cumprida na penitenciária do Estado, sob regime de prisão fechada, e José Antonio Costa Mendes, como inciso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, com a atenuante prevista no art. 65, III, d, do mesmo Código, à pena-base de 14 anos de reclusão, diminuindo um ano pela atenuante, para fixar a pena em definitivo em 13 anos de reclusão, a ser cumprida na penitenciária do Estado, sob regime de prisão fechada, continuando os nomes dos réus no rol dos culpados.

Salvador, 16 de agosto de 1990.  
Ivan Brandão - Presidente. Moacyr Pitta Lima - Relator.

#### LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA. LIMITES.

*Age em legítima defesa se o agente, no exercício dela, obedece rigorosamente às condições objetivas subordinadas ao Instituto.*

Rec. Crim. 30/89. Relator: Des. RUY TRINDADE.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito 30/89, de Alagoinhas, em que são recorrentes o doutor juiz de direito da Vara Crime e o Ministério Público e recorrido Edval Barros Pereira Junior.

Acordam, em Segunda Câmara Criminal, os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em negar provimento aos recursos, baseados no voto do relator, que passa a integrar o presente acórdão.

## Voto

Adoto o relatório da respeitável sentença de fls. 282 a 291 e a este acrescento que, inconformado, o nobre órgão do Ministério Pùblico recorreu em sentido estrito sob a argumentação de que o ilustre magistrado produziu equívocos em sua decisão, quando, primeiramente, usurpou um direito que é consagrado à sociedade, como juiz natural que é, em conhecer e decidir quanto aos crimes dolosos contra a vida.

O segundo equívoco prende-se à confusão empreendida ao examinar o instituto da legítima defesa própria, o que não se aplica ao caso *sub judice*, citando acórdãos. Assevera o ilustre representante da sociedade que a contribuição maior para o erro do magistrado partiu da ilustre antecessora do atual titular, ao articular as alegações finais, propondo a absolvição do acusado, influenciado pela pressão social, por tratar-se de filho de ilustre e brilhante advogado militante na comarca, tanto que não fez o exame acurado da prova, louvando-se tão-só nos pronunciamentos favoráveis ao réu.

Adiantou que se outros aspectos da prova indicassem o estado legítimo, mesmo assim, restava ao júri pronunciar-se sobre o excesso, mesmo que culposo.

O ilustre assistente da acusação encampou os argumentos do "dono da litis", insistindo no provimento do recurso, para que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

A defesa contra-arrazou, chamando a atenção para o aspecto de não existir atrito entre os fundamentos da respeitável sentença e a prova dos autos.

Cabendo-me as funções de relator, colhi o parecer da douta Procuradoria de Justiça, a cargo do eminentíssimo Dr. Ananias Souza, que opinou pelo improposito dos recursos.

Sem revisão, por se tratar de recurso em sentido estrito, pedi dia para julgamento.

É o relatório.

O réu recorrido foi denunciado nas sanções do art. 121 e 121 combinado com os arts. 14 e 51 do Código Penal brasileiro, porque, no dia 6 de março de 1982, produziu em Gilberto José dos Santos e Anilton Araújo dos Santos os ferimentos descritos nos exames de corpo de delito, causando a morte do primeiro e não obtendo sucesso quanto ao segundo, por circunstâncias alheias a sua vontade.

A decisão *sub censura* fulcrada no art. 411 do Código de Processo Penal julgou a denúncia improcedente para absolver o recorrido da imputação que foi feita, porque a conduta do mesmo estava autorizada pela norma contida no art. 23, II, do mesmo diploma legal.

Para que o fato social esteja garantido de exclusão de antijuridicidade, é necessário que seu exercício obedeça rigorosamente às condições objetivas a que está subordinado. Todo direito, bem assim todo dever, é limitado ou regulado na sua execução.

Fora dos confins traçados na norma, o que resulta é ato ilícito, gerado pelo excesso de poder ou pelo abuso de direito, ao invés de obediência ou obrigação dela, por parte de a quem compete essa faculdade legal de defesa privada, no simpático linguajar do eterno mestre Hungria.

Esses elementos objetivos legitimam a ação do recorrido. Há, desde as declarações dele, em autos de interrogatórios a que foi submetido, até o coitejo com depoimentos das testemunhas, a presença de um perigo a sua integridade física de que teria de conjurar.

Na rua Rodrigues Lima, uma das mais centrais áreas da aprazível cidade de Alagoinhas, o réu dirigiu-se até onde se encontravam as vítimas para saber o que ocorria com dois trabalhadores avulsos, a seu serviço ocasional. Recebido inamistosamente, gerou-se discussão. O recorrido deixou o local porque sentiu os policiais embriagados. Um deles chamou-o de ... "mentiroso e cafajeste" e outros epítetos injuriosos, (fl. 165). Não dando atenção aos insultos, foi obstado pelo desafeto "mais alto", que o

segurou pela gola da camisa ou, como se diz popularmente, "pegou na abertura" e aplicou-lhe um soco no ouvido.

Desvencilhou-se e, ao sair, sendo perseguido, atirou e continuou correndo em direção a casa, que fica na esquina da rua Rodrigues Lima, na Praça Ruy Barbosa.

Já prestes a galgar o *hall* de casa, agora, já conduzido e apoiado por sua mãe, eis que surge o sargento Gilberto e o soldado Anilton, quando este aplicou fortes golpes no braço direito sobre a grade do portão do *hall*. Adentrando no *hall*, viu sua mãe ser atirada ao chão pelo sargento, que, concomitantemente, investiu contra o recorrido, que acionou a arma, ferindo a este e logo a seguir a Anilton (fls. 174, 177, 179, 181, 199 e 203).

Situação como essa permite um alinhamento capaz de operar a subordinação do fato às condições objetivas do instituto. Desde o momento em que saiu do bar, já "aberturado" pelo soldado Anilton, estabelecida ficou uma situação de perigo, a ponto de só poder livrar-se momentaneamente, com a deflagração de um tiro, ao tentar asilar-se em casa, recolheu o revólver à cinta e, mesmo assim, a agressão persistiu.

O depoimento de José Soares Queiroz informa na fase do inquérito policial e corrobora em juízo, afastando quaisquer dúvidas sobre a situação aflitiva do recorrido, atacado por dois, em desvantagem, com as forças moralmente combalidas, porque perdendo a luta. Ainda do depoimento de Queiroz, que o recorrido só sacou da arma e a acionou por três vezes, quando viu sua mãe também agredida, não vacilando as vítimas em invadirem o domicílio dele. As declarações do recorrido encontram guarda no conjunto probatório, a presença de dois atacantes desde a gênese do incidente, que não negada pelo sobrevivente, afirmando a participação belicosa deles, vítimas, limitando-se a afirmar as intenções de pôr em ordem uma situação antijurídica existente.

O conjunto de convicção deixou

claro que o recorrido estava sob pressão de ataque e não há divergência nesse aspecto.

Ora a faculdade legal para repelir a agressão apresentou-se no primeiro incidente, o fato gerador da tragédia, no exato momento em que o recorrido foi "aberturado" pelo soldado Anilton, que ainda lhe aplicou um tapa no ouvido. O recorrido atirou, conforme disse, para intimidá-lo, e a seguir correu para casa, sendo perseguido por ambas as vítimas, que, a despeito de vindita, afim, invadiram o lar do recorrido, não respeitando, sequer, o clamor angustioso da mãe, ao contrário, agrediram-na, derrubando-a com "sopapos", vide depoimento de José Queiroz e Oscarlito Brito.

A ação do recorrido, nesse ínterim, já se guarita também da defesa de mais um direito, conforme consagra nosso sistema penal. A preservação de um direito próprio ou alheio, cuja expressão tem sentido amplo.

Hungria, sempre atual, professa:

"Compreendendo todo e qualquer bem ou interesse juridicamente assegurado, seja ou não inerente à pessoa (vida, integridade corpórea, honra, pudor, liberdade pessoal, tranquilidade domiciliar, patrimônio, segredo epistolar, patrício poder, etc.)" os exemplos são do mestre (ob. cit.).

Já defendendo o domicílio e a integridade de seu lar, legitimada estava a situação do recorrido.

Sabemos que o domicílio, em sentido estrito, representa a residência, a casa onde vive ou trabalha e exerce sua atividade a qualquer título. Ali, o cidadão tem seu asilo inviolável, onde não deverá penetrar a autoridade pública, fora os casos previstos em lei ou segundo as determinações de João Sem-Terra.

"No lar, só penetram, sem licença, o rei e o sol".

Também, claro que o recorrido, ao atirar, estava sob pressão de ataque. Não tinha outra solução, o revide foi necessário e moderado e teve a final o controle preciso para cessar a repulsa, tão logo desaparecidos os sinais de per-

go. Quem age nesse estado parte decididamente para afastar a agressão e não aguarda ajuda de terceiros e sequer do acaso. Diante de uma situação angustiante de agressão, a consciência do agente dita uma ação repelente, porque há uma faculdade legal de autorização de defender-se, mesmo com eliminação do agressor.

As circunstâncias não evitaram que os meios usados fossem menos drásticos. Esses eram indispensáveis para a defesa.

Salvador, 9 de novembro de 1989.  
Ivan Brandão – Presidente. Ruy Trindade – Relator.

#### **PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE DO ATO.**

*Justa causa para trancamento da ação, só será comportável se manifesta a atipicidade ou patente a inocência do réu, à falta de fundamentação da prisão preventiva, torna o ato absolutamente nulo.*

H.C. 272/89. Relator: Des. RUY TRINDADE.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus* 272/89, de Coaraci, em que é imetrante a Dra. Maria do Carmo Tomassi Costa Caribé e paciente Ibernon Eufrásio de Sá.

Acordam, em Segunda Câmara Criminal, os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em deferir a ordem para cassar o decreto de prisão preventiva, conforme termos do voto do relator, que faz parte integrante deste.

#### **Voto**

Por inciso no art. 163, III, do Código Penal brasileiro, o paciente Ibernon Eufrásio de Sá está sendo processado na

Vara Crime da comarca de Coaraci, deste Estado, tendo-se-lhe passado mandado de prisão ante decreto de *cercer ad custodiam*, emitido pelo meritíssimo doutor juiz titular.

Em favor do denunciado, foi impetrada a presente ordem, pela lúcida advogada Dra. Maria do Carmo Tomassi Costa Caribé, com duplo fundamento. O primeiro colimando o trancamento da ação por falta de justa causa e o segundo, desfundamentação do decreto segregacional aliado a sua desnecessidade.

Assevera a notável imetrante que o paciente, na condição de secretário de Urbanismo da Prefeitura de Coaraci, determinou a derrubada de quatro sombreiros mexicanos que ornavam a frente do Fórum Des. Albiani Alves. No dia 29 de maio do corrente, após os exames necessários, o paciente chegou à conclusão da necessidade de podar e cortar algumas árvores de ornamentação da cidade, mas que essa deliberação prendeu-se à necessidade de livrar-se de galhos que renteavam a rede de iluminação elétrica, com potencialidade danosa aos prédios próximos, bem assim perigo aos transeuntes.

Dirigiu pessoalmente o trabalho, porque afeto à sua Secretaria, e, com uma equipe de funcionários, cortou árvores em frente ao prédio do INAMPS em número de três e quatro sombreiros mexicanos, em frente ao fórum local. Porque desprovido de autorização da juíza-diretora do fórum, a promotoria alinhou depoimentos dos serventuários, deflagrando a ação penal. O pedido lastreia-se na inépcia da peça preambular, porque lançada ao arrepião das determinações do art. 41 do Código de Processo Penal, sem descrição do fato criminoso e suas circunstâncias. Como também atenta contra a indivisibilidade da ação penal.

Ainda que é desnecessária a prisão do paciente, porque tem todos os elementos subjetivos capazes de assegurar o juízo criminal.

O doutor procurador é de parecer pelo deferimento da ordem; o primeiro fundamento está alicerçado em elemen-

tos que demonstram a falta de justa causa para a ação ou, pelo segundo, uma prisão desfundamentada sem qualquer respaldo nos fatos apurados para seu decreto, valendo-se apenas da repetição da fórmula legal.

A longa inicial está instruída com documentos em número de 19.

Deferi dispensa de informações por tratar-se de pedido que inquia de ilegalidade os dois fatos, a denúncia e o decreto prisional.

Na suma do pedido, a brilhante causídica investe sobre a antijuridicidade da conduta do paciente.

Secretário da Prefeitura, a atitude do paciente está desinformada do dolo.

É o relatório.

Inicialmente, em tese, o crime existe e é autônomo – danificação de bem público.

No que tange à peça preambular, ela é sucinta, limita-se a apresentar as circunstâncias necessárias à configuração do delito, com referências a fatos accessórios que influíram na caracterização de delito. Apontou o paciente responsável pelo evento, sem necessidade de demonstrar os elementos dessa responsabilidade, que, naturalmente, deve reservar-se para o final da prova, quando se concretiza ou não o pedido final de condenação. No que tange à indivisibilidade da acusação, a promotoria pública poderá, no transcorrer da instrução, valer-se do aditamento da denúncia para enquadramento de co-réus.

Tem a doutora impetrante, com o apoio do ilustre doutor procurador, que a conduta do paciente é jurídica, autorizada pelo cumprimento do dever, daí sua manifestação pelo trancamento da ação penal.

É bom que se assente que a juridicidade da conduta do réu só pode ser admitida na via sumaríssima de *habeas-corpus*, quando se apresenta de clareza meridiana, de molde a patentear, inequivocamente, a ilegalidade da *persecutio criminis*.

Ainda a jurisprudência já assentou que a ausência de dolo é elemento da culpabilidade que se apura ao final da

ação penal. Se não afeta ao fato típico, não há pronunciar-se em *habeas-corpus* a falta de justa causa, em exame que estaria restrito à apreciação da tipicidade. Evidentemente, não será no âmbito do *habeas-corpus* que se irá indagar do *animus* que moveu o paciente, como pretendem os seus distintos patronos.

Sem embargo da natureza da Secretaria de Urbanização, das tarefas a si atribuídas, não se pode falar, na espécie, em face dos elementos instrutores da peça preambular, que o paciente não tenha procedido no cumprimento do dever de ofício. Não se pode ainda afirmar que o paciente agiu em prol do interesse público. Não é aqui que se aprecia a caracterização da correta intenção do paciente, de alertar a comunidade contra eventuais e futuros prejuízos advindos do mau uso da rede elétrica e possíveis danos causados pelas árvores.

Existe, em tese, o crime narrado na denúncia. E, à falta de justa causa, trancamento da ação só seria comportável, se manifesta fosse a atipicidade ou paciente a inocência, como também não é, em sede de *habeas-corpus*, que se irá dizer que o paciente agiu ou não levado pelo interesse público.

A valente impetrante investiu com motivos para cassação do decreto de prisão. O despacho decretador da custódia não traz qualquer fundamentação, como também não se justifica, porque o paciente é primário, com família constituída, possui bens de raiz que o seguram no distrito da culpa, goza de situação financeira razoável, é elemento de projeção social, já exercendo, inclusive, o cargo de delegado de Polícia.

A doutrina e a jurisprudência, cedidamente, têm-se pronunciado no sentido de que a decisão ensejadora da decretação da custódia provisória somente tem validade, caso devidamente fundamentada, exteriorizando os motivos determinantes da necessidade da prisão processual decretada.

A prisão preventiva é medida cautelar do juízo criminal, somente com o conhecimento dos motivos determinantes é que se poderá saber ou não da con-

veniência da prisão de alguém antes de ser condenado.

Magalhães Noronha diz: "A medida, excepcional que é; não obstante o juiz gozar de algum arbítrio na custódia facultativa, impõe que seja sempre fundamentado.

Ou como afirma Frederico Marques: "A falta de absolutamente nulo".

No caso, a custódia provisória foi decretada através de um despacho absolutamente desfundamentado, não traz os elementos pelos quais se possa aiquidar ou não a conveniência ou não da segregação.

Portanto, nula como tal, geradora de constrangimento ilegal, repetidora que é do alinhavamento da representação.

Considero prejudicado o pedido no tocante ao segundo fundamento. É como voto, para conceder a ordem e consequente cassação do decreto, sem prejuízo da ação penal instaurada.

Salvador, 31 de agosto de 1989.  
Ivan Brandão – Presidente. Ruy Trindade – Relator.

#### FRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL. INCABIMENTO DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES E DA ACOLHIDA DA EXCLUIDENTE.

Recurso crime em sentido estrito. Réu pronunciado como incursão nas sanções dos arts. 121, § 2º, IV, última figura, e 129, **caput**, todos combinados com o art. 69 do Código Penal. Objetivada absolvição sumária, com pedido alternativo de desclassificação do delito para homicídio simples. Preliminares suscitadas: nulidade do processo por não haver o *a quo* deferido, nem se manifestado sobre diligências requeridas e relativas à re-

constituição do fato considerado delituoso e ao esclarecimento dos laudos de exames cadavéricos e de lesão corporal, tendo em vista a lacônica natureza dos mesmos, cerceando o direito de defesa e de nulidade do despacho interlocutório de pronúncia, "alegando ter este caráter de sentença processual, sendo defeso ao juiz fazer qualquer incursão ao mérito da demanda", o que, no caso, o douto julgador emitiu julgamentos sobre a materialidade, autoria e culpabilidade, ocorrendo prejulgamento. Além disso, sendo o recorrente primário e de bons antecedentes, não se pronunciou sobre a sua liberdade provisória, constante do disposto no art. 408, § 2º, do Código de Processo Penal. Rejeição das preliminares. A primeira, com base nos arts. 14, 7, 164, 165 e 169, todos do Código de Processo Penal; a segunda, porque o recorrido observou, fielmente, o disposto no art. 408, tanto no **caput** como no § 1º combinado com o § 2º do referido artigo. Arguição de legítima defesa inacolhível no âmbito do art. 411 do Código de Processo Penal, bem como a desclassificação para homicídio simples. Recurso a que se nega provimento.

Rec. Crim. 19/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso criminal 19/89, de Póções, sendo recorrente Alteni Soares Gomes e recorrido o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, mas divergindo, parcialmente, do parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, em rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida.

Alteni Soares Gomes, já devidamente qualificado, foi preso em fla-

grante na cidade de Planalto, comarca de Poções, por haver assassinado, no dia 15 de agosto de 1987, por volta das 20h30min, Eduardo Barbosa Rodrigues da Silva e Manoel Messias da Silva e produzido lesões corporais em Joselito Rodrigues da Silva.

Denunciado o processo regularmente, acabou pronunciado pelo doutor juiz de direito daquela comarca, como incursão nas penas do art. 121, § 2º, IV, c.c. o art. 129, *caput*, todos do Código Penal.

Durante a instrução criminal, foram inquiridos Joselito Rodrigues da Silva, uma das vítimas, que sobreviveu, em "termos de declarações", e as testemunhas, Edésio Alcântara do Nascimento, José Carlos Rocha, Otaviano Souza Costa e José Caetano Rocha (depoimentos de fls. 101/102 e 104/110).

O acusado confessou os crimes, e o inquérito policial, sem mácula – pois instruído com todas as peças ao mesmo indispensáveis, como laudos de exames cadavéricos e de lesões corporais –, informou, convincentemente, o douto órgão do Ministério Público que ofereceu a denúncia de fl. 2.

O acusado constituiu advogado, que pugnou pela sua liberdade provisória, alegando nulidade do "auto de prisão em flagrante", o que foi devidamente apreciado pelo ilustre *a quo*, após audiência do Ministério Público, e em boa hora negado.

Também, durante a instrução, foram inquiridas as testemunhas de defesa, Rosenildo do Espírito Santo, José Roberto Ferreira da Silva, Manoel Andrade Neto e Gregório Pires Rocha (depoimentos de fls. 133/134 e 138/139).

Uma das vítimas, Joselito da Silva, constituiu advogado para intervir como assistente da acusação, indo, em seguida, os autos com vista ao órgão do Ministério Público, para alegações finais (fls. 147 a 148), onde a referida autoridade pede a procedência da denúncia.

A defesa alega, como preliminar, a nulidade do processo, por vício na instrução, por entender que as suas diligências, requeridas na defesa prévia, não

tendo sido deferidas, ensejam cerceamento de defesa, sobretudo por não terem sido substituídas as suas testemunhas, que não foram encontradas (duas) e, para concluir, pede a improonúncia do acusado, entendendo que o mesmo agiu em legítima defesa.

O doutor juiz reabriu a instrução, para inquirir as duas testemunhas faltosas e que foram substituídas por Daniel Marinho dos Santos e Alcides Lima.

Nova vista às partes e novas alegações finais, com novo pedido de liberdade provisória, também denegado, tendo sido, finalmente, proferida a sentença, que culminou por pronunciar o denunciado, ora recorrente, como incursão nas penas dos arts. 121, § 2º, IV, última figura, combinado com o art. 129, *caput*, do Código Penal, como pedido na denúncia.

Incorporado com tal decisão, o acusado, por seu ilustre procurador, dela recorre para este egrégio, pretendendo a sua reforma, quer para imponunciá-lo, por ter agido em legítima defesa, quer para desclassificar o crime para o capitulado no art. 129 do referido diploma legal.

Preliminarmente, insiste pela nulidade do processo, sob a alegação de que "o juiz *a quo* não deferiu – nem a esse respeito se pronunciou – o pedido sobre a reconstituição do fato considerado delituoso, bem assim sobre a necessidade do esclarecimento dos laudos de exame cadavérico e de lesão corporal diante da laconicidade do seu teor e dúvida quanto a sua conclusão, o que teria de ser feito pelos peritos no curso da instrução probatória do processo..."

Argui, ainda, a nulidade do despacho interlocatório de pronúncia, dizendo ter este "caráter de sentença processual, sendo defeso ao julgador fazer qualquer incursão ao mérito de demanda", e que, "in casu, o douto julgador emitiu juízos sobre a materialidade, autoria e culpabilidade numa atitude típica de prejulgamento..."

A promotoria pública apresentou as suas contra-razões e o fez com singular perfeição, concluindo por pedir o im-

provimento do recurso.

A dnota Procuradoria de Justiça, mediante o parecer de fls. 210 a 211, manifestou-se, também, pelo improvisoamento do recurso, se desacchida forem as duas preliminares suscitadas pelo recorrente.

Examinei os autos detidamente. Não se cuidando de processo sujeito à revisão, determinei a inclusão em pauta.

A preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa – diante do não-deferimento de diligências requeridas e relativas à reconstituição do fato considerado delituoso e ao esclarecimento dos laudos de exames cadávericos e de lesões corporais –, não tem força de nulificar o processo.

O art. 14 do Código de Processo Penal faculta ao ofendido ou seu representante legal e ao indiciado requererem qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade.

Também, o art. 184 é taxativo:

“Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

Reconstituição do crime é a reprodução simulada da infração, promovida por autoridade competente.

A realização dessa diligência, caracteristicamente policial, é autorizada pelo art. 7º do Código de Processo Penal, que estabelece:

“Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

O art. 164 do Código de Processo Penal dispõe:

“Os cadáveres serão, sempre que possível, fotografados na posição em que forem encontrados”.

Enquanto que o art. 165, assim, disciplina:

“Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos,

quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados”.

Já o art. 169 do mesmo diploma adjetivo estabelece:

“Para efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos”.

O requerimento do recorrente não demonstrou a possibilidade de haver sido a infração praticada de modo diferente do até aqui apurado.

A verdade, *in casu*, está sobejamente patenteada nos autos, quer pelos laudos dos exames indispensáveis a comprovar a materialidade dos delitos, como a sua autoria, pelos depoimentos das testemunhas e pela própria confissão do recorrente na fase policial e em juízo.

Ficou indubiosamente comprovado que autor e vítimas, que se encontravam no interior de um bar, após ingerirem algumas doses de bebida alcoólica, tiveram uma discussão, sem maiores consequências. O acusado, dissimuladamente, ausentou-se do bar para ir a casa, armar-se, premeditadamente, com um revólver e uma faca tipo peixeira e, ao retornar, para dissimular ainda mais, solicitou uma dose de cachaça; após ingeri-la atirou o copo no chão, e, à curta distância, disparou contra as inditosas vítimas, que estavam desarmadas, demonstrando, assim, o seu instinto perverso e traiçoeiro, que até então não tinha tido oportunidade de exteriorizar.

Leia-se o depoimento de Otaviano, de fl. 107: “As vítimas foram pegadas de surpresa, uma vez que, quando o denunciado, ao chegar já armado no seu bar, uma das vítimas deu a mão de amigo, e o acusado recusou; que não houve qualquer tipo de agressão por parte das vítimas”.

As testemunhas de defesa inquiridas, em número de seis, inclusive Daniel

e Alcides – que foram ouvidas, já depois de encerrada a instrução –, nada declararam que pudesse comprovar a tese argüida pelo recorrente, de ter agido em legítima defesa, senão vejamos: Rosenildo e José Roberto, na hora do crime, estavam dormindo; Manoel e Gregório não presenciaram o fato criminoso; Daniel soube do crime, por ouvir dizer, e Alcides Lima deveria ter sido processado, por falso testemunho.

Os laudos fornecidos pelos senhores são contundentes; o da vítima Eduardo (fl. 58) teve a seguinte conclusão: Eduardo Barbosa Rodrigues da Silva faleceu de anemia aguda, devido à perfuração artrotorácica, produzida por projétil de arma de fogo. O de Manoel Messias, também (fl. 60): Manoel Messias da Rocha faleceu de anemia aguda, devido a lesões de vasos intercostais e de vasos do parênquima pulmonar direito, produzidas por projétil de arma de fogo. E o de fl. 61, procedido na pessoa de Joselito Barbosa Rodrigues da Silva (único sobrevivente da chacina), atesta a existência de escoriações e equimoses, lesão perfuro-contundente na região torácica direita, podendo resultar em incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 dias.

Que maiores esclarecimentos pretendia o ilustre procurador do recorrente? Que cerceamento de defesa houve, se o digno juiz *a quo* chegou a reabrir a instrução, como já dito, para inquirir as duas últimas testemunhas de defesa que foram arroladas em substituição àquelas que não foram encontradas?

Além de tudo isso, o crime se deu em 15 de agosto de 1987, há dois anos, portanto. Como se proceder à reconstituição agora...?

De rejeitar-se, portanto, a preliminar de nulidade argüida, com a devida vénia do Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça.

Ainda como preliminar, suscita o recorrente a nulidade do despacho de pronúncia, por haver o recorrido emitido juízos sobre a materialidade, autoria e culpabilidade – o que implica em pre-

jugamento – e não se ter pronunciado sobre a liberdade provisória, sendo o recorrente primário e de bons antecedentes.

Não assiste razão ao recorrente.

Pela leitura do despacho de pronúncia já feita, verifica-se que o magistrado, ao prolatar a sentença de pronúncia, o fez em termos sóbrios e comedidos, portanto, não irá exercer nenhuma influência no ânimo dos jurados.

Quanto à decretação da prisão, sendo ela decorrente de pronúncia, não se pode considerar ilegal a determinação judicial, pois a conclusão a extraír-se do disposto no art. 408, § 1º, combinado com o § 2º, do Código de Processo Penal, é que, sendo pronunciado o réu, a regra é a prisão. De fato, diz o primeiro dispositivo referido da lei processual penal adjetiva, *in verbis*:

“§ 1º. Na sentença de pronúncia, o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incursa o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-a na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura”.

E o § 2º do mesmo art. 408 dispõe:

“Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso”.

Como se vê, embora seja o réu primário e de bons antecedentes, em se tratando de crime sujeito ao Tribunal do Júri, isso apenas poderá autorizar o juiz a deixar de decretar-lhe a prisão preventiva, mas a ordem geral é a prisão. A norma, dessa maneira, não se identifica com aquela outra, prevista no art. 594 do Código de Processo Penal. Entretanto, a prisão do réu é resultante necessária da pronúncia e somente pode ser afastada se reconhecer em favor deste a primariedade e os bons antecedentes e não se configurar a conveniência ou necessidade da custódia prévia.

É bem verdade que, no caso dos autos, embora a sentença não tenha

apreciado os bons antecedentes e a alegada primariedade do recorrente, certo é que o pronunciou como autor dos delitos, o que por si só evidencia sua periculosidade, recomendando a prisão.

Ao juiz é lícito negar os benefícios do art. 408, § 2º, do Código de Processo Penal, quando pronuncia o réu, desde que dê as razões da negativa. E a não-utilização dessa faculdade não exige fundamentação idêntica a de que tratam os arts. 311 e seguintes do Código.

Rejeita-se, também, essa segunda preliminar.

No mérito.

A prova da excludente da legítima defesa, para autorizar absolvição sumária do acusado, deve resultar incontrovertida, indubiosa, isenta de qualquer mácula; caso contrário, a pronúncia e o subsequente julgamento pelo Tribunal do Júri é o caminho inevitável.

O que se há de ter presente é que, em pronúncia, o juízo é apenas de admissibilidade, e não se pode proclamar a legítima defesa sem que todos os pressupostos que a integram surjam cristalinos e incontrovertíveis nos autos.

Ainda que as vítimas tivessem atingido o réu, o excesso com que se operou o revide afasta, por si só, a excludente de antijuridicidade.

Além disso, é curial que, existindo versões conflitantes, cumple ao Tribunal do Júri dirimir as dúvidas suscitadas, firmando seu convencimento em decisão ajustada ao melhor exame da matéria.

A existência da qualificadora é bastante controvertida, confusa e duvidosa, diante do que foi colhido na fase policial e na instrução criminal.

Porém, como a pronúncia encerra um juízo provisório de admissibilidade da acusação, não se pode, nesta fase, desprezar a prova feita no inquérito policial, mesmo porque, de acordo com a segura lição de Herminio Alberto Marques Porto, a qualificadora "é somente afastável pela decisão de pronúncia e em consequência impedida de ser levada à apreciação dos jurados – quando tenha a instrução demonstrado, com segurança, a carência de suporte" (Júri,

2 ed., Ed. Revista dos Tribunais, p. 81).

A jurisprudência segue tal orientação.

A exclusão da qualificadora pleiteada pela ilustre defesa deve ser deixada ao júri em razão do princípio do *in dubio pro societate*...

A decisão do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Poções, pronunciando Alteni Soares Gomes como inciso nas penas dos arts. 121, § 2º, IV, e 129, caput, do Código Penal, é irrebatível, porque amparada na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Assim, pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

Salvador, Sala das Sessões da 2ª Câmara Criminal, 8 de março de 1990. Ivan Brandão – Presidente. Ayrton Freitas – Relator.

#### RECURSO DE HABEAS-CORPUS.

*Prisão ilegal, porque sem flagrante ou ordem escrita, emanada de autoridade competente. Detenção injustificada do paciente, para ser interrogado, como suspeito de roubo. Manutenção da sentença concessiva do habeas-corpus.*

Rec. de H.C. 173/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de *habeas-corpus* 173/89, de Itapebi, em que é recorrente a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Comarca e recorrido Antônio Lima de Alcântara.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto divergente, em negar provimento ao recurso de ofício, para manter, por seus fundamentos e os constantes do parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça, a decisão recor-

rida, que bem aplicou o direito ao caso submetido a julgamento.

Com efeito, o paciente não poderia permanecer indefinidamente recolhido, pois, como frisou o doutor procurador de Justiça, em seu supra-aludido pronunciamento, "não se ajustando a custódia de Antônio Lima de Alcântara, as normas constitucionais vigentes, é de se negar provimento ao recurso.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 16 de novembro de 1989. Ivan Brandão - Presidente. Ayrton Freitas - Relator.

#### **RESPONSABILIDADE PENAL. IMPRUDÊNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA.**

*Dirigir autos, em estado precário, é conduta que se aproxima da culpa consciente; a previsibilidade do evento criminoso em casos tais é total.*

Ap. Crim. 143/89. Relator: Des. RUY TRINDADE.

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 143/89, de Salvador, em que é apelante Antonio Carlos Alves Machado e apelado o Ministério Público.

Acordam, em Segunda Câmara Criminal, os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em negar provimento à unanimidade, conforme relatório e voto do relator que integra este.

#### **Voto**

Antonio Carlos Alves Machado, no dia 14 de abril de 1986, produziu ferimentos que causaram a morte de Antonio Simplício dos Santos, em acidente de veículo, por volta do meio-dia, quando conduzia uma Kombi pertencente à frota da Prefeitura Municipal do Salva-

dor, pela rua direita do Beiru, nesta cidade.

Em consequência, o ilustre delegado que servia, na oportunidade, na Delegacia de Acidentes de Veículos instaurou inquérito policial "judicialiforme", para apurar a responsabilidade pelo evento, tendo qualificado o autor, ouvido duas testemunhas presenciais e providenciado a produção da prova pericial. Submetido a juízo o interrogatório, foi o réu devidamente assistido por advogado que, na audiência de instrução e julgamento, na forma legal, produziu defesa, no debate oral. A ilustre magistrada, não se achando habilitada para prolação da sentença em audiência, usou a faculdade processual, fazendo-o em duas folhas datilografadas, no anverso e verso. No *decisum*, restou ao apelante ser condenado a 18 meses de detenção, que diante dos bons antecedentes demonstrados foi a pena substituída por outra, consistente em limitação de fim de semana, ainda a pecuniária fixada em 10 dias-multa.

Nesta superior instância, opinou a doura Procuradoria pelo Dr. José Viana Brim, pela manutenção da respeitável sentença, negando-se, em consequência, provimento ao apelo.

Sem revisão, *ex vi legis*, determino inclusão em pauta.

É o relatório.

O apelante, em suas razões recursais, afirma que sua conduta no acidente, em que atropelou a Antonio Simplício dos Santos, não está definida em nenhuma das modalidades caracterizadoras da culpa *lato sensu*. No momento do acidente, conduzia o veículo de chapa policial BC-1510, pertencente à frota da Prefeitura Municipal e em serviço na unidade médica odontológica da comunidade, ao atingir a rua direita do Beiru, numa curva, derrapou, projetando o carro sobre uma cerca, também atingindo a vítima, que faleceu no local. Dirigia o veículo a uma velocidade de 70km horários, marcha não-excessiva diante do serviço que praticava.

Adiantou o apelante que o estado precário dos pneus não era de sua res-

ponsabilidade e sim dos encarregados da manutenção e reparos dos carros da comuna, desde que sua função era tão-só a de dirigir autos. Entretanto, comunicara mais de uma vez aos responsáveis pela necessidade de troca dos pneus, providência reclamada e que não fora adotada, não lhe cabendo a menor responsabilidade pelo acidente.

A responsabilidade do apelante, como bem salientou a douta sentença, está, fora de dúvida, devidamente provada. A imprudência aflora. A ambulância é um veículo que exige absoluta manutenção, seu funcionamento para socorro da vida humana deve estar sujeito às mínimas possibilidades acidentais, porque seu deslocamento é rápido com manobras de alta técnica, exige de seus condutores muita perícia, maior mesmo que a dos motoristas comuns, tanto que o deslocamento de uma velocidade estimada em 70km horários é normal; entretanto, deslocar, numa pista de rolamento, essa velocidade em pneus lisos é uma temeridade. Nesse aspecto, a caracterização da imprudência ressalta, máxime, dirigindo o veículo, quando tais observações fizera a quem de direito para as providências recomendáveis.

Os pneus têm a finalidade de proporcionar ao veículo a estabilidade para que foi construída a viatura, tanto que a recomendação de andar-se com o carro com os pneus devidamente calibrados, a fim de que o atrito não venha produzir calor superior a um deles sobre os demais, evitando-se desgaste concentrado e causador de inúmeros acidentes. Maiores possibilidades para carros que rodam com pneus lisos – os derrapantes têm a finalidade precípua de fazer circular o ar, influindo decisivamente na capacidade dos pneus em suportarem o calor.

Técnico que é, o apelante jamais deveria conduzir um carro nas condições descritas por ele próprio. Sua conduta aproxima-se à da culpa consciente, *in casu*, a previsibilidade do evento criminoso é total.

Com os termos do parecer da douta Procuradoria de Justiça, nego provi-

mento ao recurso, para manter a respeitável sentença apelada.

Salvador, 20 de dezembro de 1989.  
Ivan Brandão – Presidente. Ruy Trindade – Relator.

#### TRÁFICO DE MACONHA.

*Instrução probatória encerrada, juntada aos autos, por determinação do juiz, de peças probatórias após o debate oral. Sentença condenatória sem que o defensor tivesse vista de referidos elementos probatórios. Apelo tempestivo. Preliminar de nulidade. Acolhimento.*

Ap. Crim. 78/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 78/89, de Feira de Santana, sendo apelante Antônio Gomes de Oliveira e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em prover o apelo para anular a sentença, pelas razões seguintes.

Incorporam-se à decisão os relatórios da sentença de fls. 106/110 e o de fls. 141, lidos na íntegra.

Instaurada ação penal contra Edgard da Purificação Lopes, Joaquim dos Santos Fontes, Antônio Gomes de Oliveira e José Raimundo Gomes de Oliveira, separado o procedimento destes últimos, foi neste, afinal, condenado o acusado Antônio Gomes de Oliveira e absolvido o de nome José Raimundo Gomes de Oliveira.

No recurso apelatório, tempestivamente interposto, o acusado Antônio Gomes de Oliveira, por seu ilustre advogado, nas razões recursais, suscita a preliminar de nulidade da sentença por haver sido a mesma prolatada após pro-

duzido o debate oral e determinada pelo juiz sumariante a juntada aos autos das peças de fls. 103 e 104, sem que se tivesse dado oportunidade à defesa se manifestar sobre as mesmas.

De referência ao mérito, postula-se a absolvição por insuficiência de prova, por não se haver provado o vínculo do acusado com o local onde foi apreendida a maconha.

No parecer de fls. 137 o douto procurador de Justiça, Bel. José Viana Brim, manifesta-se pelo improviso, sem enfrentar a questão preliminar.

Mas a matéria há que ser apreciada.

Indubitavelmente, a ampla defesa, com o consectário lógico do contraditório, constitui o princípio fundamental do processo penal.

E de tal princípio decorre que a prova jurisdicionalizada, para que possa servir de suporte à sentença, há que se sujeitar ao crivo, ao exame, à crítica das partes no processo, seja da defesa, seja

da acusação, sob pena de vulneração do contraditório.

No caso dos autos podia o ilustre *a quo* determinar a juntada aos autos de cópias dos interrogatórios de fls. 103 e 104, já que a lei processual o admite. Mas, vedado é proceder como procedeu, exarar a sentença condenatória recorrida, louvando-se, também, nas declarações de Edgard da Purificação Lopes e Joaquim dos Santos Fontes (fls. 103 e 104) na formação do juízo condenatório.

Resulta, assim, evidenciada a nulidade, fundamento da preliminar suscitada.

Nessas condições, dá-se provimento ao apelo para anular a sentença recorrida, que deve ser renovada após concedida vista à defesa, para falar sobre as peças de fls. 103 e 104.

Salvador, Sala das Sessões, 21 de setembro de 1989. Ivan Brandão -Presidente e Relator.

## SENTENÇA

### AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc.

Roberto Luiz Pimentel Lerner, brasileiro, casado, economista, residente e domiciliado nesta Capital, ajuizou ação de indenização contra Ouro Fino Agrícola e Pecuária Ltda., empresa sediada em Salvador, e contra Gerbaldo Raimundo Avena, brasileiro, casado, comerciante, aqui residente e domiciliado.

Disse o autor que no dia 7 de janeiro passado adquiriu da primeira ré, por intermédio do seu sócio, o segundo réu, um automóvel Monza, ano 1984, de cor verde metálico, de placa policial UC-6301, pelo preço de Cr\$16.000.000, embora da declaração de venda conste como preço a importância de Cr\$10.000.000.

No dia 7 de julho passado, o autor foi surpreendido pela presença de três policiais, que portavam mandado de busca e apreensão do veículo, expedido pelo delegado Nivaldo Dória Lacerda. O veículo havia sido roubado, em 17 de fevereiro de 1984, de seu proprietário, João José de Figueiredo Lopes, residente em Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro.

Na delegacia de polícia competente, o autor veio a saber que o veículo era agora de propriedade da Bradesco Seguros, que indenizara o primitivo pro-

prietário e se sub-rogara no crédito.

Mantidos contatos com o segundo dos réus, o autor não logrou sucesso em obter uma composição. Houve resistência da parte ré.

Reclama o autor a responsabilidade da parte ré para que indenize o prejuízo sofrido, de forma a permitir-lhe a aquisição de outro veículo idêntico, com o mesmo tempo de uso.

Transcreveu legislação, doutrina e jurisprudência para justificar sua pretensão e pediu a procedência da ação, condenados os réus à indenização das perdas e danos sofridos em quantia suficiente para aquisição de outro automóvel similar, com o mesmo tempo de uso, mais diárias para aluguel de um carro nas mesmas condições, posto que aquele era usado pelo autor em seu trabalho, pagamento de despesas com TRU, seguro e outras.

Juntou a documentação relativa aos fatos narrados (fls. 9 a 31).

Citação por mandado (fl. 38), com resposta às fls. 39 a 46, onde dizem os réus, em resumo, o seguinte:

Deve ser excluído da lide o sr. Gerbaldo Raimundo Avena, chamado a júizo por simples má fé do autor. Nada justifica tenha sido incluído o referido senhor na ação.

Carece o autor do direito de ação. A evicção que serve de embasamento à ação não se aplica ao caso. Não existe sentença judicial, requisito indispensável para caracterização da evicção. Citou

Bahia For.	Salvador	v.34	p.219/233	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

doutrina e pediu a extinção do processo.

Contestam o mérito para se dizerem, também, vítimas, posto que o veiculo foi adquirido como de boa procedência, tanto que o Detran emitiu o documento chamado "nada consta", referendando-o como bom. Pediram a improcedência da ação.

O autor foi ouvido em razão da matéria constante do art. 301 do Código de Processo Civil e, às fls. 50 a 55, se manifestou.

Os autos foram contados e preparados porque o assunto em discussão prescinde da colheita de provas em audiência, do que os interessados foram intimados (fl. 56v).

Isto posto, tudo detidamente examinado, decidimos pela forma e pelas razões seguintes:

A essência da ação se assenta em matéria sobre a qual não pode pairar dúvida. O autor demanda contra os réus, com base no direito de evicção, figura prevista no Código Civil, arts. 1.107 a 1.117.

Precisamente af reside toda a celeuma levantada. Apenas as partes litigantes se esqueceram de detalhe, aparentemente irrelevante, mas, de todo em todo, essencial para a aplicação da figura jurídica da evicção. É que ela, a evicção, não é matéria pertinente a embasamento de ação, a fundamento de demanda. É ela, sim, matéria pertinente à defesa. E somente aquele que é demandado pode, em sua defesa, utilizá-la. Basta que se lembrem os ilustres advogados que a previsão processual para a aplicação da figura jurídica da evicção se encontra no art. 70, I, do Código de Processo Civil. Ali se cuida de denúncia da lide, para que o demandado possa exercer o direito de evicção. Lógico que se trata de matéria de defesa. A afirmativa se ajusta aos ensinamentos trazidos à colação pela parte ré às fls. 41 a 43. Os doutrinadores lecionaram com acerto. O assunto só pode ser examinado no curso de uma demanda, por ser, precisamente, matéria de defesa e não de ataque.

Evidentemente que incorre em engano, ledo engano, o autor, ao ajuizar sua ação com base no direito de evicção. Este não lhe cabe, na hipótese dos autos.

O automóvel foi apreendido pela polícia – a inicial é clara, no particular – e não no curso de demanda judicial. A argüição feita decorre de iniciativa do autor e não de defesa sua, no curso de um processo judicial. Impróprio, pois, o fundamento de agir.

Desnecessário seria mesmo alongar-se o assunto, tão palmar nos parece. Afinal, a evicção não é panaceia de uso corrente. Tem regras próprias e uso específico. Ao contrário das figuras jurídicas aplicáveis indistintamente, ela só é reclamável em casos claramente identificáveis, e, ainda assim, em defesa. Jamais como fundamento de demanda.

Com mil perdões, mas o autor enveredou por caminho impróprio para o ajuizamento de sua ação. E não é o primeiro a fazê-lo por esta Vara e no corrente ano.

O processo é julgado extinto diante da impossibilidade jurídica de sua caminhada.

A decisão se ampara no art. 267, VI, e § 3º, do Código de Processo Civil vigente.

Pague o autor as custas processuais e os honorários de advogado da parte ré, estes em 20% sobre o valor da causa.

Publique-se. Intimem-se. Registre-se.

Decisão retardada, embora no prazo de lei, em razão de nossa ausência para apuração das eleições no interior do Estado.

Salvador, 24 de novembro de 1986.  
Lourival de Jesus Ferreira – Juiz de Direito.

*AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE  
PATERNIDADE. NAMORO  
PROLONGADO. CONCEPÇÃO  
COINCIDENTE COM A ÉPOCA  
DO RELACIONAMENTO.*

## AÇÃO PROCEDENTE.

Juiz de Direito da Comarca de Salvador.

1. Vistos os autos da ação de investigação de paternidade em que CRCS, representado por sua mãe, Sílvia Helena de Castro Silva, é dado como autor e José Coelho Mourão, réu.

2. Segundo os termos da petição inicial deixam evidenciados, com a propositura da ação, o apontado autor visou ao obtenimento de declaração judicial de sua paternidade, imputada ao referido réu, para tanto havendo sustentado o seguinte, em resumo: a) sua mãe, quando aluna do investigado, no curso "Geração Vestibular", foi seduzida pelo mesmo e das relações sexuais freqüentes entre ambos surgiu a gravidez de que ele, investigante, veio a nascer; b) o namoro tornou-se "público e notório", mas o investigando, assim lhe foi noticiada a gravidez, desertou as promessas de assumir "quaisquer consequências" (*id.*); c) o fundamento jurídico da pretensão investigatória em causa encontra-se na norma do Código Civil 363, II.

3. Citado (fls. 14), o réu contestou a ação (fls. 14/17), tendo levantado as alegações em seguida resumidas e no que possam interessar ao objeto da causa: a) a insustentabilidade da pretensão inicial, sendo, portanto, temerária a ação mediante a qual a mãe do investigante visou tão-somente a auferir vantagens materiais com o imputar-lhe, ao contestante, a paternidade, "que nem ela mesma, talvez, saiba quem deu origem" (*id.* à fl. 13); b) jamais houve o namoro alegado pela parte autora ou qualquer tipo de relação, muito menos sexual, apesar de ela, mãe do investigante, por diversas vezes, haver tentado junto ao contestante manter congresso sexual, e, sem êxito em suas investidas, "procurava satisfazer seus instintos sexuais, entregando-se a qualquer um" (*sic*, à fl. 16).

4. Resumo das demais ocorrências no processo: a) à fl. 13, o despacho de negatório dos alimentos provisionais pleiteados na petição da fl. 12 e através da qual se procedeu a aditamento da ini-

cial, para incluir-se o pedido de alimentos definitivos; b) com a petição de fls. 22/24, ofereceu-se réplica à defesa; c) o Ministério Pùblico interveio no processo a partir do seu pronunciamento da fl. 23; d) em decisão saneadora (fl. 26), foi determinada a realização da audiência de instrução, que se instaurou na data aprazada e quando se tomaram os depoimentos pessoais (fls. 34 e 35) e os de quatro das cinco testemunhas arroladas pelo autor (cf. às fls. 37/38), o réu não havendo arrolado testemunhas; e) na aludida audiência, foi determinada a realização de exame hematológico pelo sistema HLA, o réu assumindo o compromisso de pagar a metade dos custos respectivos (cf. à fl. 33), embora a parte autora posteriormente, diante das dificuldades para a realização do exame, tenha pagado integralmente as despesas da perícia (cf. à fl. 54); f) na oportunidade da audiência, a requerimento do autor, juntaram-se quatro fotografias do investigante (fls. 39/40); g) finalmente, quando decorridos mais de 20 (vinte) meses desde a determinação de realização do exame pericial, juntou-se o laudo respectivo (cf. à fl. 67); h) na audiência designada para a tomada das razões finais (cf. desp. da fl. 68 v), a parte autora apresentou-as em memorial escrito (cf. às fls. 74/76 e o investigado, oralmente (cf. termo da fl. 73); i) à fl. 77, o pronunciamento final do Ministério Pùblico, pela procedência da ação; j) por fim, contadas e recolhidas as custas, os autos subiram conclusos, a julgamento.

5. Isso posto, feito o relatório, seguem-se as considerações abaixo, fundamentos da decisão exaranda: a) ao exame conjuntural da prova colhida, de pronto se conclui que a mesma favorece a formação de convencimento favorável à procedência da pretensão investigatória. De qualquer modo, segundo já se pôde depreender do próprio relatório, verifica-se que o réu, inobstante tenha contestado a ação, deixou passar toda oportunidade processual sem produzir provas, não tendo mesmo juntado documentos ou arrolado testemunhas, pelo

que, a rigor, não se desincumbiu do *onus probandi*, como lhe competia, a teor do Código de Processo Civil – 333/II; e ressabidamente, *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*; b) destarte, prevalecendo as provas existentes nos autos, outro não poderá ser o julgamento de mérito senão pela procedência da investigatória, eis que, comprovado o suporte fático, dita pretensão encontra respaldo na norma jurídica pelo investigante, invocada como apoio, o.s., Código Civil – 363, II. E, com efeito, dos informes constantes dos depoimentos testemunhais, justificados e não contraditados, colhem-se subsídios comprobatórios do alegado relacionamento amoroso entre a mãe do investigante e o investigado: “(...) que, efetivamente, Sílvia Helena e o Prof. Odi – tal como é conhecido o investigado José Coelho Mourão na roda dos estudantes – se envolveram em relação de namoro, e isso à vista de todos os alunos (...), “e de tal forma que era tranquilo o convencimento dos demais colegas da existência do alegado namoro” (*id.*, à fl. 36, lets. b e c, 1<sup>a</sup> test.). Semelhantemente, às fls. 37 – lets. c e d, 2<sup>a</sup> test. –, 37v – lets. c e f, 3<sup>a</sup> test. – e 38, let. c e 4<sup>a</sup> testemunha; c) por outra, as testemunhas são unâmes na afirmação da boa conduta da mãe do investigante, de sua honestidade, recato e fidelidade ao investigado: “(...), que, a partir de 82 e até quando Sílvia terminou o Curso Universitário, melhor, até quando se desenvolvia a gravidez de Sílvia, até certo período da mesma, ela manteve relações de namoro apenas com o investigado, relações amorosas, até porque sempre foi uma moça muito recatada, estudiosa e aplicada aos estudos” (*id.*, à fl. 38, let. i, 4<sup>a</sup> test.) – “(...) a depoente nunca ouviu dizer que Sílvia tivesse outro namorado, mantendo-se fiel ao investigado, pelo menos durante o tempo em que fez o cursinho com a depoente; mantendo sempre uma atitude de recato” (*id.*, à fl. 37v, let. f, 3<sup>a</sup> test.). *Similiter*, às fls. 36, let. f, 1<sup>a</sup> test., e 37, als. 39/42, 2<sup>a</sup> testemunha.

“Investigação de paternidade –

Namoro prolongado entre a mãe do investigante e o indigitado pai. Concepção coincidente com a época do relacionamento. Demonstração, outrossim, da honestidade. Ação procedente. Demonstrados o namoro prolongado entre a mãe do investigante e o suposto pai, a honestidade da mulher e a coincidência da concepção com a época do relacionamento, há de ser julgada procedente a ação de investigação de paternidade” (*Id.*, E. TJ-SP, 4<sup>a</sup> Câm. Cív., ac. unân. de 16.09.82, ap. 22.611-1 – cf. RT – 573/124);

d) do exposto (lets. b e c, ac.), tendo-se, portanto, por comprovados o prolongado relacionamento amoroso entre o investigado e a mãe do investigante bem como a honestidade dela, o passo seguinte consistirá em se verificar serem coincidentes, ou não, o período da concepção e o do aludido namoro. E, para tanto, partindo-se do fato de o investigante haver nascido no dia 31.07.85 (cf. certidão de nascimento de fl. 5), necessariamente a relação fecundante ocorreria entre a segunda quinzena de outubro e a primeira de novembro de 1984, e, nesse período, Sílvia Helena e o investigado ainda mantinham relações amorosas. Di-lo a própria: “(...) que não se lembra com precisão quando se deu a primeira relação sexual com o investigado, mas acredita que tenha sido em novembro ou dezembro de 82, eis que o namoro começou naquele mesmo ano, seguindo-se várias relações sexuais após a primeira vez, até que em novembro de 84 a depoente ficou grávida, nascendo o investigante em julho de 85” (*id.*, à fl. 34, let. b). E, com efeito, os informes testemunhais tanto subsidiam, conforme se vê às fls. 36 – lets. a e f, 1<sup>a</sup> test. –, 37anv-let. c, sendo evidente o equívoco do constante na let. d, ib., 2<sup>a</sup> test. –, 37v – lets. b e c, 3<sup>a</sup> test. – e à fl. 38 – lets. a, h e i, 4<sup>a</sup> testemunha; e) destarte, no caso, de se haverem já como presentes os requisitos para a procedência da investigatória, conforme destacado, até porque, segundo entendimento jurisprudencial, “desde que haja coincidência entre

a concepção do filho reclamante e as relações sexuais da mãe com o suposto pai, e não comprovada a "exceptio plurium concubentium", satisfeito está o requisito do art. 363, II, do Código Civil, pelo que se impõe a procedência da investigação de paternidade e os consequentes encargos alimentares" (*Id.*, E. TJ-SC/2<sup>a</sup> Câm. Cív. – ac. unân. de 30.10.81, ap. 16.698 – cf. *BJA/84532*). E, no mesmo sentido, decidiu o egrégio TJ-RJ/1<sup>a</sup> Câmara Cível:

"Reiteradamente, vêm os Tribunais Superiores decidindo que, para o reconhecimento da paternidade, não é necessário que os pais tivessem uma união comum como se fosse uma união legal. Basta somente a existência de relações sexuais mais ou menos prolongadas, a notoriedade do fato e a aparente fidelidade da mulher. Portanto, imprescindível que a mulher não tenha mantido relações com outro indivíduo" (*Id.* ac. unân., 28.02.83, ap. 23.091 – cf. *BJA/91743*); f) isso inobstante, existem outros subsídios, indícios e presunções que reforçam o convencimento pela procedência da investigatória em causa, valendo relevar, por exemplo, o destaque feito por três testemunhas quanto à parecência física entre o investigante e o investigado. "(...) é impressionante a semelhança física entre o investigante e o investigado, este mesmo, se olhasse o menor, não teria dúvida sobre o assunto, em suma, são parecidíssimos o investigante e o investigado" (*id.*, à fl 37v, let. e, 3<sup>a</sup> test.). De igual modo, às fls. 37anv, let. g, 2<sup>a</sup> test. – e 38, let. m, 4<sup>a</sup> testemunha; g) outro dado de suma relevância é o resultado da perícia hematológica, de pesquisa de antígenos eritrocitários e leucocitários, de indiscutível idoneidade científica – e talvez disso tomando conhecimento, o réu fugiu do compromisso de custear a metade das despesas com a perícia –, a conclusão do laudo indo transcrita em seguida: "(...) JCM não pode ser excluído como pai de CRCS. O índice combinado de paternidade (elementos genéticos a favor da paternidade) é 311. A probabilidade relativa de paternidade, considerando 50%

de probabilidade prévia, é de 99,68%. A paternidade é extremamente provável. 97,56% dos homens falsamente acusados seriam excluídos como o pai neste caso, com base nos testes realizados". (*Id.* cf. à fl. 67); h) também o Ministério Público, conforme antes destacado, em parecer fundamentado, manifestou-se pela procedência da investigatória (cf. à fl. 77); i) por fim, embora não estejam, a rigor, presentes os elementos fáticos que possam facultar uma precisa aferição deles à luz dos parâmetros do Código Civil – 400, dúvidas inexistem, pelo menos, quanto a ter o acionado condições de pensionar o investigante alimentando, eis que ficou demonstrado que ele exerce atividade remunerada, nenhuma prova tendo feito de referência a encargos alimentares outros que não os presumíveis da sua própria manutenção.

6. Do exposto e por mais dos autos constantes, com especial apoio no Código Civil – 363, II, julgo, por sentença, procedente a investigatória de paternidade, para reconhecer – como reconhecido e declarado tenho – ser CRCS filho natural de JCM, réu. De igual modo, à vista das normas do Código Civil 397 e 399, julgo procedente o pedido de alimentos, para condenar o réu ao pagamento de pensão alimentícia em favor do mencionado menor, arbitrando-a em 10% sobre todos os ganhos do réu – deduzidas apenas as parcelas de INPS/IAPAS e IR e sem prejuízo do salário-família do menor, contando-se da data da citação, a ser consignada em folha de pagamento, pelo menos as vincendas a partir do fluente mês, vigendo até a ocorrência de fato modificativo e ou extintivo da obrigação alimentar em causa.

7. Despesas processuais, as despesas da perícia inclusive, pelo réu, a verba honorária de logo arbitrada em quantia equivalente a 25 valores-referência, nível local vigente ao tempo da efetivação do pagamento (cf., port., CPC – 20/§ 4º).

8. Publique-se esta, registe-se ou arquive-se-lhe uma cópia autenticada e intimem-se.

Salvador, 9 de abril de 1990. Benito Alcântara de Figueiredo – Juiz de Direito.

### EMBARGOS DE TERCEIRO.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc.

1. Vera Maria Costa Dube, brasileira, casada, bióloga, residente e domiciliada na Av. Leovigildo Filgueiras, 684, apto. 804, Edif. Morada Real do Garcia, nesta Cidade, por seus advogados, propôs embargos de terceiro contra Granjas Bahia Ltda., firma comercial, estabelecida neste Estado, na Rodovia BR-101, Km 170, Município de Conceição do Jacuípe, alegando:

a) que, no processo de execução 116.712-2, proposto por Granjas Bahia Ltda. contra Walter Reinaldo Dube, para cobrança dos cheques 000982, no valor de Cz\$39.294,45, e 000976, no valor de Cz\$19.101,71, somando a importância de Cz\$58.396,16 (cinquenta e oito mil, trezentos e noventa e seis cruzados e dezesseis centavos), foi penhorado, em 20.09.88, o apartamento 804, do Edifício Morada Real do Garcia, situado na Av. Leovigildo Filgueiras;

b) que o referido apartamento lhe pertence e, apesar de ser casada com o executado, não é responsável pela emissão dos cheques, não podendo, portanto, sua meação ser penhorada.

2. Contestando os embargos, diz a embargada que os mesmos são intempestivos, pois intimada da penhora, em 11.11.88, a embargante só os ofereceu em 17.02.89.

3. A embargante, refutando a alegada intempestividade, aduz que não se pode confundir embargos do devedor com embargos de terceiro, cujo prazo, para oferecê-los, é disciplinado pelo art. 1.048 do Código de Processo Civil, acrescentando que não foi impugnado o mérito dos embargos.

É o relatório.

#### I – Suspensão do processo principal

4. O art. 1.052 do Código de Processo Civil distingue duas situações: a) embargos de terceiro versando sobre a totalidade dos bens constritos por determinação judicial; b) embargos de terceiro versando apenas sobre algum ou alguns dos bens constritos.

Na primeira hipótese, suspende-se o processo principal, até o julgamento final dos embargos de terceiro, dado à incidentalidade desta ação.

Na outra, o processo principal prossegue sua marcha regular, abrangendo apenas os bens constritos não-objeto dos embargos.

#### II – Tempestividade dos embargos

5. Não procede a alegação de intempestividade dos embargos.

O art. 1.048 do Código de Processo Civil estabelece que os embargos de terceiro se interpõem, a qualquer tempo, no processo de conhecimento, enquanto não transitada em julgado a sentença e no processo de execução, até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

#### III – Procedência dos embargos

6. A mulher do executado, embora intimada da penhora, considera-se terceiro, para defender a meação, mediante embargos.

Do Supremo Tribunal Federal é este acórdão:

“Embargos de terceiro. Processo de execução. Penhora. Mulher casada. Remédio processual cabível. Recurso extraordinário conhecido e provido. Aplicação dos arts. 1.046 e seus parágrafos e 1.048 do Código de Processo Civil. Embora intimada da penhora, a mulher do executado, considerada terceiro, pode defender sua meação, mediante embargos, de acordo com o art. 1.046 e seus parágrafos, no prazo do art. 1.048 do Código de Processo Civil” (STF, RE 81.764, rel. Eloy da Rocha, 14.12.76, RT 514/268).

7. Assim, considerando que são tempestivos os embargos e que não se provou que a dívida foi contraída em

benefício do casal, julgo-os procedentes para, nos termos do art. 3º da Lei 4.121, de 27.08.62, excluir da penhora a meação da embargante sobre o apartamento 804 do Edifício Morada Real do Garcia, situado na Av. Leovigildo Filgueiras.

8. Condeno a embargada a reembolsar à embargante as custas despendidas e a pagar-lhe honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor atribuído aos embargos.

9. Publique-se, registre-se e intime-se.

Cidade do Salvador, 23 de outubro de 1989. Valdecírio de Oliveira Carneiro - Juiz de Direito.

#### *REPARAÇÃO DE DANO POR ATO ILÍCITO.*

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc...

Celidalva Pereira do Monte e William Monte da Cruz, este último menor impúbere, representado por sua genitora, Maria José do Monte, devidamente qualificados na peça basilar, por intermédio de advogado legalmente habilitado e constituído, ingressaram ante esta 5ª Vara de Assistência Judiciária com o presente pedido de reparação de danos (indenização por ato ilícito), contra Transportadora Omicron S/A, também já detalhada nos autos, alicerçando seu pedido nos fundamentos fáticos e de direito seguintes:

1) que, no dia 17 de janeiro do ano em curso, por volta das 11h30min, no Largo Dois Leões, o caminhão de placa policial BG-5555, marca Dodge, dirigido pelo motorista Joseraldo França Filgueiredo, de propriedade da ré, capotou, colidindo com o veículo do progenitor dos autores, Vicente Pereira da Cruz, placa de aluguel - CC-8444 - marca Volkswagen;

2) que a colisão, que se dera por culpa exclusiva do motorista da acionada, causou a defunção do indigitado Vicente e lesões corporais em outras pes-

soas que estavam no interior do veículo;

3) que o veículo do pai dos autores ficou em estado irrecuperável, aproveitável somente à sucata, pelos compradores de ferro-velho;

4) que o falecido, na época, sustentava sua família com a renda do veículo, auferindo a diária de Cz\$500,00 mais ou menos;

5) que a certidão de ocorrência e o noticiário dos jornais locais da época levaram ao público a responsabilidade exclusiva da requerida no evento danoso, uma vez que, sendo o local do acidente pistas duplas, o caminhão saiu de sua mão de direção, ultrapassou o canteiro que separa as duas vias, capotou sobre o carro do falecido Vicente, achatando-o exatamente na contramão, causando ao menor acidentado seqüelas de duvidosa recuperação.

Com a inicial, o autor carreou para os autos fotocópia do bilhete de seguro obrigatório da ré, certidão de ocorrência, fls. 10 e 11, certidão de óbito do extinto, fotografias do veículo sinistrado, fls. 12 a 14, mais recorte de jornal que se refere aos fatos, documento de propriedade do veículo, fls. 17 a 18, e à fl. 19, prova que o automóvel era o único meio de sobrevivência do falecido.

À fl. 20, juntam ainda recibos de despesas com tratamento médico e pagamento de combustível decorrente da locomoção para o devido tratamento nesta capital.

A fl. 21 faz vir para os autos o comprovante das despesas do funeral.

Citada na forma legal, a requerida contestou o pedido, após rejeitada a proposta de conciliação, da seguinte maneira:

Preliminarmente, pede o indeferimento da inicial, porque os autores não apresentaram nenhuma relação de parentesco com o falecido Vicente Pereira da Cruz.

No mérito, aduz:

I) que a documentação trazida aos autos pelos autores é insatisfatória;

II) que as certidões do Departamento de Trânsito e da Delegacia de

Acidente de Veículos são peças meramente informativas, na maioria das vezes elaboradas após declarações prestadas pelas próprias partes interessadas;

III) que a obrigação de indenizar em nosso direito, tratando-se de ato ilícito, só é admitida, quando existe dolo ou culpa da parte causadora do evento;

IV) que, no caso dos autos, inexiste prova da culpa do motorista do caminhão;

V) que a documentação referente a despesas médicas é imprestável, e as despesas com combustível deveriam ser através de notas fiscais;

VI) que a prova das despesas do funeral é improcedente, porque pagas por Eduardo Alves de Souza e não pelos autores. Assim sendo, não estão subrogados no direito de reavê-las;

VII) que os ganhos auferidos pelo falecido não ressalvam as despesas com combustível e manutenção do veículo;

VIII) que a ação é ajuizada apenas pelos filhos do defunto e não por sua companheira Maria José;

IX) que, do veículo sinistrado, aproveita-se ainda o motor. Assim, não fora o mesmo danificado totalmente.

Insurge-se, finalmente, a ré, com a cobrança dos lucros cessantes.

À fl. 59, sem irresignação de sua parte, determinei fosse juntada a prova do parentesco dos autores com o falecido Vicente, o que fora atendido às fls. 63 a 64v.

Na audiência de instrução e julgamento, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelos autores, fls. 65 a 66v.

Os litigantes ofereceram alegações finais. Os autores, fls. 69 a 72. A ré, fls. 73 e v.

O Ministério Público opinou pelo deferimento da pretensão.

Assim vieram-me os autos.

Decido.

O caso em exame cuida de acidente de veículo, que deu causa à morte de Vicente Pereira da Cruz e lesões em seu filho menor William Monte da Cruz.

— O desafortunado Vicente, na busca do pão de cada dia, ao trafegar com seu táxi pela av. Barros Reis, de retorno à

cidade de Candeias, foi abalroado inopinadamente pelo veículo de marca Dodge, tipo caminhão, de propriedade da suplicada, que, após subir o canteiro, foi de encontro ao veículo sinistrado, esmagando-o, quando este trafegava em direção contrária.

Jamais, em meus quase 11 anos de Magistratura, deparei-me perante um caso cujas provas são tão evidentes que não se tem como negar a culpa da acionada no evento.

A certidão da ocorrência, que serve como infício de prova, corroborada pela prova testemunhal apurada, fls. 65 a 66, conduz este júzgo à certeza da culpa exclusiva da suplicada, motivada pela irresponsável imprudência de seu preposto. A razão dos autores é tão cristalina que a postulada nem testemunhas para respaldar sua resposta arrolou.

A peça defensiva é puramente procrastinatória. É preciso que se puna não só civilmente a requerida, por ato de seu preposto (art. 1.521, III, do C. Civil), como, também, criminalmente, o motorista irresponsável, que transforma seu carro em uma arma perigosa, pondo em risco a vida de tantos quantos lhe apareçam à frente. Se viver é insalutar para si, para outros não o é. O respeito à vida alheia é um princípio universal de direito.

O evento causado pelo motorista responsável pelo dano deve ser resarcido de forma plena por seu empregador.

A bem da verdade, a meu ver, até a companheira do falecido poderia discutir o direito de também ser indenizada nesta ação. Como nada postulou para si, não posso favorecê-la, pois, se assim o fizesse, estaria prolatando decisão *ultra petita*.

Da forma de indenizar o menor William:

Para o menor William Monte da Cruz, filho do falecido, o critério indenizatório há que obedecer o preceituado no art. 1.537 e seus incisos do Código Civil.

Como estipular-se a indenização de Celidálva Pereira Monte... maior de 26 anos de idade?

A indenização, no caso, apesar de não se saber se houve outro prejuízo material além do carro de seu genitor, totalmente danificado, prestável só para o ferro-velho e sem provas nos autos de que trabalha ou não, é inegável que a morte de seu pai lhe causou um dano moral de proporções alarmantes. O pai, esteio do lar, é a mola mestra, conselheira, o amigo de todas as horas. "O burro de carga da família", como se diz na linguagem popular. A perda de um pai, na maioria das vezes, deixa seqüelas inapagáveis no seio de uma família. A dor só se vai com a entrada no túmulo do último descendente direto.

Por que, já que a Celidalva não comporta mais a forma de indenizar do art. 1.537, II, do Código Civil, não se lhe arbitrar a indenização prevista no art. 1.553, do diploma processual enfocado, fundada no dano moral que sofrera com a morte de seu genitor?

Nosso direito, que felizmente está evoluindo para encampar esta tese, tem que modernizar-se o mais rápido possível, acompanhando legislações de outros países, bem mais avançadas no campo das transgressões geradoras dos atos ilícitos.

Passos importantes já foram dados nesse sentido, em nível doutrinário e jurisprudencial. A preocupação não é nova.

Wilson de Melo Silva dissecava de forma brilhante o assunto, em sua obra *O Dano Moral e sua Reparação*, da seguinte forma:

"Os danos morais são danos como os demais ou sejam. Neles, contrariamente à assertiva de Chironi, há um direito que se viola, há bens que se apocam e pessoas que os sofrem. Aliás, já hoje em dia, as disputas entre adeptos da tese e seus opositores não vão mais até o ponto de se negar a possibilidade de existência mesma desses danos.

A grande dúvida, a vexata *quaestio*, reside agora apenas no seguinte: tais danos são, ou não suscetíveis de reparação?

A experiência de cada dia nos ensina que, se freqüentes são as disputas e

dissensões a respeito dos bens materiais, 'não menos freqüentes, não menos raras' são, também, as desavenças em torno dos bens ideais.

Por eles, pelos bens da alma, como os denominaria Ripert, mata-se e morre-se a cada dia.

E então: se tão relevantes, merecem, ou não, que se determine, quanto a eles, a reparação que jamais se recusou em direito aos bens simplesmente econômicos?

Sim, dizem uns; não, asseveram outros.

Os que negam tal reparabilidade firmam-se, sobretudo, numa premissa maior, decorrente de uma dupla dificuldade: 'uma de ordem material; outra de ordem moral. E escrevem: Os danos morais não se reparam porque inexiste ainda a *unità di misura*, o denominador comum, valorativo, capaz de reduzir a quantidades homogêneas a dor e o dinheiro. Ou então tais danos não se reparam simplesmente' porque é imoral e chocante a conversão da dor em dinheiro.

Já procuramos deixar demonstrado, em lugar próprio, o equívoco em que laboram os que assim pensam. Nenhum adepto da reparabilidade dos danos morais teve, jamais, a pretensão de haver inventado, para essa reparabilidade, medida ideal de sua extensão ou qualidade, assim como, jamais alguém pretendeu que a dor pudesse ser passível de mercadejamento.

O que se proclama, o que se repete a cada passo, é que os sofrimentos morais não se devem pesar ou medir segundo as regras clássicas da equivalência econômica ou segundo os mesmos modelos ou cânones usuais na pesagem dos puros danos patrimoniais.

A regra jurídica do *neminem laedere* é ampla. E para utilizarmo-nos do mesmo linguajar de Ihering, devemos e podemos esperar que se nos respeite não apenas naquilo que temos, mas, também, naquilo que somos.

E se é fácil a salvaguarda ou a reparação daquilo que temos, na hipótese de um dano, impossível não é, embora

difícil, a restauração de todos aqueles bens integrantes de nosso patrimônio ideal, ou de tudo aquilo que somos.

Lá nos danos da fazenda, o dinheiro é o fim, normalmente falando. Aqui, nos ‘bens da alma, não. O dinheiro seria apenas o meio conducente ao fim precípuo’ que, para nós outros, consistiria na neutralização da dor pela oposição, a ela, de sensações outras, positivas de euforia e bem-estar.

Interviria, assim, o dinheiro na reparação dos danos morais de maneira subalterna ou subsidiária. Destinar-se-ia não ao pagamento absurdo e imoral da ‘dor sofrida, mas à consecução de tudo’ aquilo que pudesse propiciar ao lesado motivos de amenização das próprias angústias, seja pela distração, v.g.; seja pela certeza da possibilidade, nova, de melhor aprimoramento moral ou físico, próprio ou dos seus, etc.”

#### A jurisprudência. Evolutiva.

“Dano moral. Reparação compreendida na indenização. Acidente ferroviário... Ementa: Responsabilidade civil. Dano moral. A sua reparação pode estar compreendida na indenização fixada com justiça, ante as peculiaridades do caso. Recurso extraordinário não conhecido” (Rec. extraord. 83.379 – RJ. apud Jardel Noronha, in *Jurisprudência*, cit. 3: 1.043).

Outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido: rec. extraord. 59.940, de 26.04.1966, rel. des. Aliomar Baleeiro e 59.911 (rec. extraord.), relatado pelo ministro Djaci Falcão. Ambos encontráveis na *RTJ* 39:38 e 41:844, respectivamente.

O ministro Moreira Alves, em seu relato na *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 85, p. 203, diz:

“Quanto ao dano moral, a acentuada tendência para sua indenização, demonstrada recentemente pelo ilustre professor Sílvio Rodrigues, em sua obra *Direito Civil*, S. Paulo, Ed. Saraiva, 1975, v.4, p. 195 e segs., refletiu no Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência hoje predominante é no sentido da admissão da aludida verba (rec. ex-

traord. 64.711, Tribunal Pleno, rec. extraord. 59.111, 1<sup>a</sup> Turma, fls. 142-3).

O elemento configurador do dano moral é a dor suportada em todos os seus aspectos.

Nada mais eficaz que a reparação que atinja o patrimônio do descuidado-sos, do economicamente poderoso, que negligencia na seleção de seus empregados, notadamente quando não podem, por proibição legal, ser enquadrados como co-autores de homicídios culposos por imperícia, imprudência ou negligência dos mesmos.

Yussef Said Cahali, em sua interessante *Monografia, dano e indenização*, expõe o seguinte ponto de vista – p. 66:

“Com efeito, a reparação que se tem em vista objetiva a concessão de um benefício pecuniário para atenuação e consolo da dor sofrida, e não para o resarcimento de um prejuízo pela sua natureza irressarcível, ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores”.

Como inabalável alicerce à corrente seguidora dessa tese justa, é de bom grado que citemos a ementa concernente ao rec. extraord. 59.940, do qual foi relator o ministro Aliomar Baleeiro, *Revista Forense*, v. 217, p. 67.

“O dano moral é resarcível. A corrente que lhe restringe a resarcibilidade é contrária à lei e à lógica jurídica. A regra geral é a responsabilidade plena, não havendo como confundir princípio de liquidação com princípio atinente ao direito de reparação”.

O saudoso Clóvis, em seu escólio, reportando-se ao art. 1.537 do Código Civil, opina:

“Assim, se na espécie examinada o dano moral não tinha que ser reparado, não se pode estabelecer, como regra geral, que esta forma de dano escapa à indenização, seja compensatória de prejuízos sofridos, seja afirmativa do direito lesado, seja permissiva do ato ilícito perpetrado. Ao contrário, a irreparabilidade do dano moral aparece no código como exceção, imposta por consi-

deração de ordem ética e mental. A reparação é a regra para o dano, seja moral, seja material. A irreparabilidade é a exceção".

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro.

"Não se procura pagar a dor ou compensar o abalo moral; cuida-se apenas de impor um castigo ao ofensor e esse castigo ele só terá, se também for compelido a desembolsar certa soma, o que não deixa de representar consolo para a família do ofendido, que se capacita assim de que impune não ficou o ato" ofensivo criminoso (*Curso de Direito Civil*, 19. ed., v.5, p.414).

O mestre uruguai Armand Ugon, que se atrelou à escola positiva, integrando um julgamento, afirmou que:

"O Código Civil uruguai admite a reparação ampla para toda a sorte de danos: morais ou simplesmente patrimoniais".

Na Argetina, sua reparação é indiscutível, em face do preceito do art. 1.078 do Código Civil.

*Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que él nasce no sólo comprende la indemnización de perdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus aficiones legítimas".*

O art. 1.293 do Código Civil austriaco qualifica como dano

"qualquer prejuízo levado a efeito contra a pessoa ou direito de alguém".

### Conclusão

Em face do exposto e do mais que dos autos transparecem, julgo procedente esta ação, para condenar a requerida, Transportadora Omicron S/A, a reparar o dano causado aos autores, da seguinte forma:

Indenizar o veículo do infortunado Vicente Pereira da Cruz em quantia correspondente ao valor da época,

acrescida de juros e correção monetária. O valor do imóvel será apurado em liquidação de sentença, por arbitramento, cuja perda fora total, conforme pode-se observar das fotografias de fls. 12 a 14, não impugnadas na forma legal. O menor William Monte da Cruz perceberá, a título de prestação de alimentos, até que complete 25 anos, se empregue ou cole grau em nível superior, a quantia correspondente a um salário mínimo e meio mensal. Quantia bem inferior à auferida por seu pai, se, vivo, estivesse trabalhando. As parcelas vencidas, a contar de um mês do falecimento da vítima, deverão ser resgatadas de uma só vez, acrescidas de juros e correção monetária. A liquidação desse montante devido, por tratar-se de simples operação aritmética, deverá ser feita por pessoa habilitada do Cartório (Cálculo do Contador - art. 604, I, do CPC).

As despesas médicas e com gasolina, constantes dos autos, para tratamento do menor nesta Capital, devem ser resgatadas com juros e correção monetária, a contar das datas das respectivas emissões, porque não argüida a falsidade, na forma legal, dos documentos que lhe serviram de base. Assim, precluso, a essas alturas, está este direito. Por outro lado, as despesas com o funeral da vítima devem ser resarcidas, com juros e correção monetária, a contar da data de seu pagamento. O dever legal de pagar acha-se inserido no inc. I do art. 1.537 da lei substantiva civil. Se, porventura, essas despesas foram satisfeitas por teceiros, que procurem reembolsar dos autores na forma legal. O que não pode é a ré eximir-se de uma obrigação estatuída em lei, sob a simples alegação de que fora satisfeita por outrem.

Levando-se em consideração o poder aquisitivo da vencida, arbitro, a título de dano moral à autora Celidvalva Pereira do Monte, a indenização no valor de 3.500 OTNs, com o fito de amenizar-lhe a dor e o sofrimento pela morte prematura de seu genitor.

As prestações, a título alimentar, que serão percebidas pelo menor Wil-

liam, representado por sua genitora, deverão ser reajustadas todas as vezes em que houver o reajuste do piso salarial do País, e pagas independentemente das que vier a perceber, se for o caso, da previdência social, porque as ditas pensões são originárias de causas distintas.

Um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro dissecava o assunto, sem necessidade de maiores justificativas de minha parte.

Ei-lo:

#### Responsabilidade civil. Indenização.

"Não se deduzem da indenização devida aos beneficiários da vítima do ato ilícito os benefícios de previdência social. Em recurso, a que deu provimento, unanimemente, decidiu o Tribunal: - Alguns se impressionam com o possível enriquecimento para os beneficiários da indenização, que passariam a receber a pensão do dano somada à do seguro social. Não há, porém, enriquecimento. As pensões, repita-se, têm causas diferentes. As indenizações nunca reparam o dano, são substitutivos que apenas podem minorar os efeitos do ilícito. O benefício decorrente do seguro social é um efeito dos descontos mensais da vítima, como seria nos casos dos seguros de vida, que não poderiam servir de motivo para beneficiar o autor do ato ilícito, deduzindo o *quantum* da indenização do dano. Não há qualquer identidade entre as duas pensões. Nesse sentido, já se manifestou o colendo Supremo Tribunal, no recurso extraordinário 61.468, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 44, p. 196, afirmando o ministro Adalficio Nogueira 'que descontá-la do montante da indenização seria desfalcá-la, de modo iníquo'. Diz a ementa: 'Responsabilidade Civil. Não se deduz da indenização devida aos beneficiários da vítima do ato ilícito os beneficiários da previdência social'... " TJ-RJ, Câms. Cív. Reuns. RR 9.869 - Rio de Janeiro, v.u., j. 02.03.76, Clóvis Paulo da Rocha, rel., INCOLA - Anuário de Jurisprudência 78/108). Fonte: *Jurisprudência do Código Civil. Ementário* - Orlando Fida, Edson Ferreira Cardoso e J.B. Torres de Albuquerque; p.2.111.

Em consequência do decidido, fica a vencida na obrigação de arcar com o pagamento das custas processuais, que determino sejam contadas, e honorários advocatícios do patrono dos autores, que árbitro em 20% sobre o montante das prestações vencidas do menor William e mais 12 vincendas, que deverão ser calculadas por arbitramento, em face da inflação desmesurada que assola o País, mais 15% da indenização do veículo, devidamente corrigida, 15% do valor das despesas médicas e combustível do menor, somando-se a mais 15% das despesas com o funeral, devidamente corrigidas. Finalmente, os honorários ainda devem alcançar o percentual de 15% sobre o valor do dano moral, arbitrado em OTN.

A suprema corte, em se tratando de indenização por ato ilícito, quando se trata de parcelas vincendas e vencidas, assim tem decidido:

"Os honorários do advogado nas ações de indenização por ato ilícito devem ser calculados sobre o montante das prestações vencidas, despesas incluídas na condenação e o valor das 12 prestações vincendas" (ac. unân. da 1<sup>a</sup> T. do STF, de 19.06.79, p. 6.472).

"Tratando-se de responsabilidade civil, consistindo a indenização em prestações vencidas e vincendas, o percentual fixado para os honorários do advogado deve incidir sobre a soma das prestações vencidas e sobre as 12 vincendas" (ac. unân. da 2<sup>a</sup> T. do STF, de 22.05.79, no rec. extraord. 91.033 - 6 RJ., rel.-min. João Leite de Abreu, DJ de 03.07.79, p. 5.155).

Com base no art. 602 do Código de Processo Civil, condeno a vencida, ainda, a constituir um capital, cuja renda assegure o cabal cumprimento das prestações alimentares. Esse capital deverá ser representado por bens imóveis com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Cidade do Salvador, 7 de junho de 1988. Roberval Roque Borges Paiva - Juiz de Direito.

## *USUCAPIÃO ORDINÁRIO.*

Juiz de Direito da Comarca de Taperoá.

Vistos, etc.

1. Milton Guimarães de Souza, qualificado à fl.02, propôs, em 05.07.87, ação de usucapião contra Ilma Meireles de Oliveira Pinto, Branca Meireles de Oliveira Santos e seu marido, Juvino Mariano dos Santos, e Saul Cerqueira de Oliveira Filho, todos qualificados à fl. 02, sob os seguintes argumentos:

1.1 – detinha a posse, mansa e pacífica, do imóvel situado na rua Marechal Deodoro, 151, nesta cidade de Taperoá, desde o dia 05.04.76;

1.2 – que referido imóvel foi adquirido, por compra, a D. Julieta Meireles, mãe dos réus, que se intitulava proprietária. O valor da transação foi de Cr\$12.000,00, na época, 05.04.76, sendo que Cr\$10.000,00 em cheque e Cr\$2.000,00 compensando um débito do falecido genro da vendedora;

1.3 – imitiu-se, de imediato, na posse do imóvel, usando-o para locação comercial, tendo, inclusive, como sua locatária, a Prefeitura Municipal de Taperoá que o locou para ali instalar a "Cesta do Povo". Nesses onze anos tentou, por diversas vezes, lavrar a escritura, não logrando êxito em face de evasivas da vendedora;

1.4 – em março/87, onze anos após a ocupação do imóvel, foi surpreendido com uma notificação judicial proposta pelos réus, filhos da vendedora e proprietários do imóvel.

2. Concluiu a exordial, manifestando a intenção de legitimar a posse e adquirir a propriedade do imóvel, via usucapião, por deter a posse mansa e pacífica por onze anos, sem interrupção ou oposição. Requereu designação da audiência de justificação prévia, citação dos réus e científicação dos representantes das Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, bem como a intervenção do Ministério Público.

3. Juntou os documentos de fls. 08/12, pretendendo provar o domicílio de dois dos réus, Ilma e Saul, em Taperoá, e também a transação realizada com

Julieta para pagamento de dívidas do falecido Dásio junto ao Banco do Brasil S.A., Ag. Valença.

4. Em despacho de 20.05.87, fls. 16/16v, o então titular da comarca designou audiência de justificação prévia e adotou todas as demais providências de praxe, cabíveis nas ações da espécie.

5. Em 19 e 20.06.86, fls. 24/26, foram publicados os editais de citação. Em seqüência, fls. 27/38, foram adotadas as outras providências.

6. Em 03.08.87, fl. 39, o juiz despachou, transferindo a audiência em razão da falta de cumprimento de algumas exigências legais preliminares.

7. Em 13.08.87, fls. 46/53, realizou-se a audiência de justificação prévia, sendo que a decisão, dando como justificada a posse do requerente e mandando prosseguir o feito, foi tomada em 20.08.87, fl.60. Não houve recurso.

8. Em 15.09.87, fls. 67/84, os réus contestaram, alegando:

8.1 – Preliminares

8.1.1. – Carência de ação por falta de fundamentação do pedido, onde faltou explicitar se o tipo de usucapião pretendido era ordinário ou extraordinário; falta de identificação do imóvel; falta de dimensões e confrontações; inexistência da planta do imóvel; falta de comprovação, na audiência de justificação, do decurso do tempo necessário para usucapir; e falta de citação da mulher do réu Saul Cerqueira de Oliveira Filho.

8.2 – Mérito

8.2.1 – Falta de amparo legal para usucapir, de vez que os réus residiam, e residem, em Salvador e que o simples juntar de cópia de páginas de catálogo telefônico com os seus nomes não prova residência. Dessa forma, o autor não preenche a condição tempo, dado que, entre ausentes, o prazo é de 15 anos;

8.2.2 – posse injusta e de má fé, eis que após a notificação o réu continuou na posse;

8.2.3 – interrupção da prescrição aquisitiva em meados do 2º semestre/86, quando D. Julieta Meireles recebeu, da Prefeitura locatária, as chaves do imóvel

e nele se imitou até que, em 20.03.87, por meios violentos, o autor voltou a ocupá-lo;

8.2.4 – inexiste a prova da transação entre o autor e a pretensa vendedora-proprietária.

9. Concluem a contestação, pedindo a improcedência da ação porque o autor não preencheu os requisitos legais de posse justa, tempo especificado em lei, justo título e boa fé. Junta documentação, fls. 89/102, onde pretende comprovar todas as alegações de sua resposta.

10. Em 06.06.88, o autor falou sobre a contestação e reiterou os termos da inicial, rebateu a peça de defesa. Após a regularização de algumas falhas, vieram-me os autos conclusos e, em 03.03.89, fl. 123, emiti o saneador, determinando ao autor que juntasse a planta do imóvel e designando audiência de instrução e julgamento para o dia 25.04.89, às 9 horas. Não houve recurso.

11. Em 25.04.89 realizei a instrução, ouvindo o autor, a pretensa vendedora Julieta Meireles, a ré Ilma Meireles de Oliveira Pinto e as testemunhas arroladas pelas partes, sendo que o autor desistiu de ouvir duas. Concluída a instrução, as partes, por seus advogados, apresentaram, sucessivamente, suas alegações finais. O curador de ausentes preferiu não se manifestar, por entender desnecessário, fls. 142/154.

12. A representante do Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido, considerando a inexiste ação de justo título, a par da solução de continuidade sofrida pelo intervalo de tempo exigido em lei.

13. Vieram-me os autos conclusos.

Decido.

14. As preliminares dos réus, matéria de defesa levantada em páginas e páginas recheadas de citações, são facilmente ultrapassadas, eis que despidas da consistência necessária a sua aceitação. Efetivamente, não há que se falar em carência de ação:

14.1 – por falta de explicitação do tipo de usucapião, quando o autor definiu exatamente a sua pretensão, de for-

ma clara. Afinal de contas – e não vale a pena perder muito tempo com isso –, para aceitação do pedido, prepondera o princípio do *iura novit cura*;

14.2 – por falta de identificação do imóvel, quando, *in casu*, trata-se de imóvel urbano edificado, tendo o autor o identificado de forma clara e indiscutível, perfeitamente definida para todos ao indicar o número de porta. Ademais, em Taperoá, cidade de proporções diminutas, onde todos conhecem todos e tudo se propala e se comenta, não são de grande importância detalhes da espécie;

14.3 – por inexiste a planta do imóvel. Exigência que pode – e neste processo foi – ser suprida, sem prejuízos para os litigantes nem para o andamento do processo;

14.4 – por falta de citação da mulher de um dos réus, quando o autor, na inicial, o qualificou como solteiro e ela veio ao processo, respondendo, de forma inequívoca, a citação conforme se vê da contestação, fl. 67, da procuração, fl. 86, e da certidão de casamento, fl. 89. Dessa forma, legalmente habilitada, participou de todos os atos do processo, sem nenhum prejuízo para a defesa;

14.5 – falta de comprovação do decorso do tempo na audiência de justificação. Matéria superada e defesa aos réus, eis que não recorrem da decisão que considerou justificada a posse. Deve-se a preclusão.

15. Quanto ao mérito, tomo como ponto de partida os pressupostos básicos do usucapião ordinário e me permito trazer aos autos o ensinamento de Arruda Miranda:

“a) *Coisa hábil*, ou seja, coisa que esteja no comércio, e não *extra commercium*. Fora do comércio são as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis (v. art. 69) e também os bens imóveis da União, seja qual for a natureza, os quais não estão sujeitos a usucapião (v. Dec.-lei 9.760, de 05.04.46, art. 200); b) *posse* (seu elemento principal), adquirida de modo justo, isento de vícios; c) *justo título*, que corresponde a qualquer escrito ou documento, hábil a transferir o domínio

(escritura de compra e venda, formal de partilha, cessão de direitos etc., ainda que não matriculados no Registro Imobiliário), uma vez que a lei não exige o sacramento do registro para que o título seja considerado *justo*, bastando que se apresente como legítimo aos olhos do adquirente; d) *largo de tempo*, ou seja, o período de dez anos (quando o prescritente e o proprietário residirem no mesmo município) ou de 15 anos (se o prescritente e o proprietário residirem em municípios diversos). Esse prazo é contínuo – *tempus continuum*; e) *boa fé*, que é a convicção do possuidor de que o imóvel legitimamente lhe pertence e “que o adquirira de seu verdadeiro dono” (v. art. 490 e parágrafo).” In *Anotações ao Código Civil Brasileiro*, Darcy Arruda Miranda, 2.ed., Saraiva, 1986, v.2, p.57.

Aplicando-se o ensinamento retroindicado, todo ele calcado na legislação que regula a matéria, ao caso em apreciação, constato que o autor, Milton Guimarães de Souza, pelo que se depreende da prova testemunhal e dos indícios deixados pelos documentos acostados à inicial, em confronto com outros trazidos na contestação, fls. 98/99, e, também, depoimento de Julieta Meireles – pivô indiscutível de toda a perlenga –, preenche os requisitos da “coisa hábil”, da “posse” e da “boa fé”.

16. Entretanto, para obter o domínio via usucapião não basta apenas preencher alguns requisitos. É preciso, sem exceção, simultaneamente, satisfazer a todos. Tal não conseguiu fazer o autor Milton Guimarães da Silva.

17. Com efeito, restou provado nos autos, de forma bem nítida e indiscutível, que os réus já não residem em Taperoá há mais de 20 anos e que houve, no período em que Julieta Meireles ocupou o imóvel, interrupção da prescrição aquisitiva. Por outro lado, o autor não conseguiu satisfazer a exigência de justo título, dado que não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse ser aceito como tal. Assim, deixou de preencher, como exigido em lei, os requisitos mínimos necessários e suficientes para a aquisição da propriedade imóvel via usucapião. Com efeito, vale citar Nélson Muniz Pinto, em sua *Ação de Usucapião*, ERT, 1987, fl. 101, quando enfatiza:

“Não fazendo o autor a prova da posse pelo tempo suficiente, relativo à espécie de usucapião cuja declaração se pretenda, terá seu pedido julgado improcedente. Será, portanto, decisão de mérito”, grifei.

18. Isto posto e por tudo o mais que dos autos consta, considerando que Milton Guimarães de Souza não preencheu os requisitos de “quinze anos entre ausentes” e “justo título”, julgo improcedente o pedido e condeno o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes à base de 20% do valor da causa.

P.R.I.

Taperoá (BA), 26 de abril de 1989.  
Alcir Santos de Oliveira – Juiz de Direito.

# CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO

## PROVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO

### I. Histórico

Santelmo Agraciado de Souza, Prefeito Municipal de Cascata, Estado da Bahia, fez circular decreto declaratório de utilidade pública para fins de desapropriação da *Mansão Morada dos Pintos*, pertencente a Alfredo Pinto da Silva, situada na rua das Laranjeiras, 14 – Bairro da Tranqüilidade – nesta Cidade. No edito, declara-se que o valor do bem é Cz\$300.000,00 (trezentos mil cruzados) e se destina à instalação do *Motel das Estrelas*, de propriedade da empresa pública municipal denominada *Hotéis de Turismo Cascata*.

A Prefeitura, por seu ilustre procurador, ajuizou ação expropriatória, em que requereu a expedição de mandado de imissão de posse, liminarmente e sem audiência da parte contrária, porque o motel deverá ser inaugurado durante o carnaval de 88. Informou que já se encontra depositada no BANEB da Cidade a quantia correspondente ao preço oferecido; fez a prova da consignação à disposição do juízo e requereu juntada do comprovante aos autos. Fechou a inicial, pleiteando o acolhimento do preço depositado, a procedência da ação, a definição da posse liminarmente concedida e a condenação do réu nas custas do processo e honorários advocatícios, já que obstinadamente se opõe à desapropriação.

Depois de julgado o pedido de imissão provisória na posse, o réu foi

citado para responder aos termos da ação. No prazo, ofereceu resposta. Fê-lo, sustentando que ela não pode prosperar, porque: 1. o objeto da desapropriação é ilícito, uma vez que o imóvel desapropriando será utilizado na exploração de um motel, como o próprio decreto indica; 2. a motivação é falsa, porquanto de utilidade pública não se trata; 3. o autor é carecedor da ação contra o réu, porque o decreto declaratório trazido aos autos é do governador, que diz interessar ao Estado o desenvolvimento do turismo na região onde situado o imóvel, e porque o prédio está prometido ao Banco do Brasil S/A, empresa da União, já pago o preço do negócio, conforme escritura pública registrada.

Disse, também, que o preço anunciado é irrisório, ferindo o preceito constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro, considerando que há menos de um ano o imóvel foi recadastado com valor de Cz\$800.000,00 (oitocentos mil cruzados), atribuído pelo expropriante. Afirmou que a casa vale Cz\$3.000.000,00 (três milhões de cruzados), diante da sólida construção e do lugar aprazível onde se acha plantada. Arrematou, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito ou a improcedência da ação, em qualquer das duas hipóteses, a revogação da liminar de imissão, com reintegração na posse tirada ao réu, ou, ainda, se a tanto se chegar, a condenação da autora ao pa-

Bahia For.	Salvador	v.34	p.235/238	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

gamento do preço mínimo de Cz\$2.000.000,00 (dois milhões de cruzados), acrescido de juros compensatórios, correção monetária e juros de mora, além das perdas e danos apurados em liquidação e das cominações inerentes à succumbência.

A autora se manifestou sobre a contestação, afirmando a impossibilidade de a Justiça aprofundar-se no exame e julgamento das três questões prévias levantadas pelo réu, o teor da Lei das Desapropriações, bem como que a antiguidade e o precário estado de conservação do prédio em desapropriação determinaram a fixação do preço em Cz\$300.000,00 (trezentos mil cruzados), havido usurariamente como irrisório. Concluiu, pedindo não se conheçam as preliminares argüidas pelo réu, dando-se pela procedência da ação, com a aceitação do preço da oferta, a consolidação da imissão provisória na posse, tornando-a definitiva, e a condenação em custas e honorários advocatícios.

No saneamento, o juiz declarou que toda a matéria de defesa envolve o próprio mérito da causa, por isso deixava para apreciá-la na sentença.

Perícia foi realizada para arbitramento do justo preço. O perito atribuiu à mansão o valor de Cz\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil cruzados); o assistente-técnico indicado pela Prefeitura, o de Cz\$800.000,00 (oitocentos mil cruzados); e o indicado pelo réu, o de Cz\$2.000.000,00 (dois milhões de cruzados).

As partes apresentaram memoriais em substituição ao debate oral sem

acrescentar matéria relevante, cada qual defendendo seus pontos de vista expostos na petição vestibular, na resposta e na impugnação à contestação.

O Ministério Pùblico ofereceu parecer, opinando porque só se permita a desapropriação mediante o pagamento de justo preço, para que não haja enriquecimento ilícito de um em proveito do outro.

A conta foi feita e o preparo se efetuou. Os autos estão em ordem e conclusos para julgamento.

## II. Quesitos

1. Profira sentença, julgando a lide, com observância das formalidades legais pertinentes à espécie, ao processo e ao procedimento, e atendendo aos limites do litígio, considerados os pontos debatidos (valor: de 0 a 5 pontos).

2. Qual a teoria adotada pelo direito brasileiro para a fixação da responsabilidade civil do Estado e qual a sua opinião a respeito daquela doutrina, tendo em vista o que seriamente se lhe opõe? (valor: de 0 a 2 pontos).

3.

a) Defina ato administrativo complexo. Exemplifique (valor: de 0 a 0,5 ponto).

b) Em que consiste o poder de polícia, o abuso de poder e o abuso de autoridade? Dê exemplo de cada espécie (valor: de 0 a 1 ponto).

c) Que entende por contrato de administração e contrato administrativo? Ambos são de direito público? Justifique (valor: de 0 a 1,5 ponto).

## PROVA DE DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

### I. Histórico

Em 06.01.43, mediante escritura pública devidamente registrada na mesma data, o *Município do Salvador da Bahia* celebrou contrato de enfiteuse com *Apóstolo do Espírito Santo*, através do qual o enfiteuta se imitiu na posse de uma área de 10.000m<sup>2</sup> (dez mil metros quadrados), situada no bairro de Brotas, nesta Capital, devendo pagar laudêmios e outros encargos expressamente avençados.

*Apóstolo* admitiu *Francisco de Assis* como empregado, a quem incumbiu de construir um barraco e cultivar hortaliças, tendo moradia e recebendo salário mensal pelo trabalho que prestava em benefício do empregador. Assim foi a relação entre *Apóstolo* e *Francisco* até 31.03.64, quando falecera o primeiro, deixando viúva dona *Angélica Abandonada dos Anjos*, que continuou pagando os encargos à Prefeitura do Salvador, sem entretanto pagar salários a *Francisco*, porque a horta deixou de existir e nenhum serviço ele tem prestado desde a morte de *Apóstolo*, embora continue morando no imóvel enfítetico, onde já construiu casa própria, em virtude do desabamento do antigo barraco, murando às suas expensas toda a área objeto do aforamento.

Em setembro último, mais de 20 (vinte) anos da morte de *Apóstolo*, *Francisco* ajuizou ação de usucapião de enfiteuse contra este *Município* e contra a viúva *Angélica*, para ter o domínio do imóvel emprazado.

Recebida a petição inicial da ação, foram determinadas as citações, notifi-

cações e intimações, bem como publicados os editais e expedidas as correspondências de lei, o que se cumpriu regularmente. Assim, realizou-se a audiência de *justificação da posse*, julgada procedente. Foram intimados os interessados para os fins de direito. Não houve oposição recursal ao quanto decidido.

No prazo, o *Município do Salvador* ofereceu resposta, contestando e reconvindo. Em petição autônoma, contestou a ação proposta por *Francisco*, com fundamento na carência de ação ante a impossibilidade jurídica do pedido, porque o direito repele a pretensão deduzida, à vista da indivisibilidade do domínio; no mérito, sustentou que a ação não procede, porque *Francisco* ainda mantém a posse em nome alheio, o que inviabiliza a prescrição aquisitiva do domínio; ao mesmo tempo, reconveio contra a viúva *Angélica*, objetivando a decretação do comisso, por falta de pagamento dos encargos do aforamento desde o dia 30.06.67, e alegando a presença de contingência processual.

Citada e intimada, *Angélica* não contestou propriamente a ação principal nem a reconvenção; limitou-se a taxar *Francisco* de ingrato, que agora pretende tomar a chácara que *Apóstolo* deixara para ela e a alegar que não estava honrando seus compromissos em razão das dificuldades financeiras por que está passando depois da morte do marido.

*Francisco*, por seu turno, ouvido sobre a contestação do *Município do Salvador*, firmou-se na possibilidade jurídica do pedido, uma vez que inexiste eiva de ilicitude ou mesmo de ilegalidade sobre o objeto da ação, e na certeza de

que, desde março de 64, tem o domínio útil do imóvel, forrado na posse que tem tido por si e para si, como restou provado na justificação prévia julgada procedente sem obstáculo.

O Ministério Públíco, no parecer de seu representante, sustenta que o *Município* carece da ação reconvencional; e quanto à ação principal, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido pode ser acolhida, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito; caso, porém, a este se chegue, ultrapassando-se a preliminar de indivisibilidade do domínio, a ação deve ser julgada improcedente, com as cominações de lei, pelas razões e fundamentos contidos na contestação do *Município*.

O juiz anunciou que irá julgar antecipadamente a lide, conhecendo diretamente, inclusive, das preliminares, conforme o estado do processo, considerando que as questões a serem dirimidas são unicamente de direito. Não houve recurso. O processo está em ordem para o desate da causa.

## II. Quesitos (valor: de 0 a 10 pontos)

1. Profira sentença, considerando o tema de que se ocupa o histórico. Julgue segundo seu convencimento, aplicando o direito que você sabe aos fatos que lhe foram expostos (valor: de 0 a 4 pontos);

2. Em que se distinguem as passagens forçadas das servidões prediais; como se lhes dá amparo e se lhes opõe resistência em juízo; como se constituem as servidões prediais; e em que princípios reposam umas e outras?

3. Que entende como propriedade resolúvel; quais os principais negócios jurídicos em que se lhe verifica a presença; que efeitos e a partir de quando a sua revogação produz?

4. Quais os pressupostos e condições comuns a todos os processos e ações judiciais; quais as especiais da ação de preempção; e de que se deve constituir a disposição da respectiva sentença em caso de acolhimento do pedido do autor?

## NOTICIÁRIO

### FACULDADE DE DIREITO DE ILHÉUS – 30 ANOS PREPARANDO GERAÇÕES

Palavras do desembargador Manuel José Pereira da Silva, membro do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e integrante da última turma de bacharéis pela Faculdade de Direito da Bahia – então entidade autônoma, manutenida pela Fundação da Faculdade de Direito, antes da instalação da Universidade Federal da Bahia –, inspiradora da Faculdade de Direito de Ilhéus que, em sessão solene, comemorou 30 anos de fundada.

#### Saudação

As instituições sociais, os múltiplos organismos públicos ou privados aos quais a sociedade entregou a realização de seus complexos e transcendentes objetivos, são apenas seres abstratos dotados de personalidade e vida por mera ficção jurídica.

Essas entidades criadas pelo homem copiam, entretanto, em suas trajetórias, a existência humana, sem que se estabeleçam, em limites cronológicos precisos, os estágios de seu percurso evolutivo.

A Faculdade de Direito de Ilhéus, no brilho dos adereços em que resplandece, ao celebrar a festa de seus trinta anos, adivinha no horizonte, aos assomos da tarde que se aproxima, os primeiros acenos da maturidade.

Mas, olhando-a bem, vendo-a ma-

jestosa e bela na severidade dos traços que denunciam suas origens romanas, sentimos que ela, irizada pelas cintilações de sua idade esplêndida, atingiu a irreversibilidade do seu glorioso destino.

A mão de Deus, ela mesma, guiou o denodado pugilo de sonhadores e idealistas que em 1960 implantaram aqui, no sul do Estado, um núcleo irredutível de estudos para iniciação e formação de legionários e sacerdotes do Direito.

A coragem dos intrépidos pioneiros que fundaram, há três décadas, a Faculdade de Direito de Ilhéus, nada ficou a dever à audácia dos desbravadores da selva, que lançaram ao chão úmido de sangue a sementeira abençoada dos caqueiros virentes de cujos frutos de ouro nasceu a grandeza opulenta da Bahia.

Honro-me da vinculação misteriosa que me associa ao memorável acontecimento que estamos a rememorar, por ter pertencido à última turma de bacharéis pela Faculdade de Direito da Bahia, apontada como inspiradora da criação da Faculdade de Direito de Ilhéus.

É por isso, com um sentimento maior de insopitado civismo e uma unção quase religiosa de fé na Justiça – detentora sublime da ciência que trata das coisas humanas e divinas (*rerum humanarum atque divinarum scientia*), que estarei a pronunciar os nomes dos pró-homens que inscreveram suas assinaturas, em letras estelares, na ata de fundação da Faculdade de Direito de Ilhéus: Joane Nazaré de Andrade, Fran-

Bahia For.	Salvador	v.34	p.239/252	Jan./Jun.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

colino Neto, Amilton Inácio de Castro, Ramagem Badaró, José Cândido de Carvalho Filho, Jorge Fialho e Waldeto Santos.

Permito-me assinalar no rol desses admiráveis paladinos um amigo inesquecível, cuja voz a morte prematura silenciou para sempre – Ramagem Badaró –, figura exponencial do Ministério Público da Bahia, que tanto dignificou a jurisdição militar a que serviu com rara eficiência.

O penalista exímio, tantas e tantas vezes inexplicavelmente injustiçado, le-gou-nos uma farta e abundante produção bibliográfica nos mais diversos setores do Direito Penal.

Recordo-o bem a falar dos pais estremecidos, de Aristede e Hilda, de sua querida Lily, de seus filhos e netos bem-amados. Esse jurista puro, nutrido pelas inspirações de um exaltado humanismo, orgulhava-se menos de seus títulos internacionais do que do sobrenome lendário que se imortalizou nas sagas homéricas do passado.

Afonso Arinos de Mello Franco, na magnífica síntese que escreveu sobre a história econômica do Brasil, publicada em 1975 na Bahia, com excelente prefácio de Pinto de Aguiar, abriu capítulos especiais sobre o pau-brasil e seus comércios anciliares, sobre o ciclo da cana-de-açúcar, sobre o fumo, o gado, o ouro, o diamante, o café, mas o cacau só lhe merece uma breve referência de duas linhas, sem embargo de considerá-lo um dos grandes valores da exportação nacional.

Quero crer que a indiferença de Afonso Arinos à chamada civilização do cacau tenha resultado da antecipação de seu ensaio, que data de 1938, à literatura relacionada com os dramas e tragédias da lavoura cacaueira.

Essa literatura chegou realmente com algum atraso da verdade histórica, tendo como suas expressões mais altas Jorge Amado e Adonias Filho.

Mas é importante acentuar-se que Afonso Arinos, na rememoração de quatro séculos do desenvolvimento eco-

nômico e político do País, concedeu expressivo realce à contribuição dos escritores e principalmente dos romancistas brasileiros.

Não é sem razão que dois fatos de suma relevância se configuraram e se irmanaram, entre o passado e o presente, que é sempre o prolongamento do passado, por uma coincidência que tem o toque de uma deliberação divina. O Tribunal de Justiça do Estado, em sua composição plenária, e por suas Câmaras Cíveis e Criminais, isoladas e reunidas, vem realizar sessões de julgamento em Ilhéus e Itabuna, exatamente quando, sob a competente direção do Professor Francolino Neto, a Faculdade de Direito de Ilhéus comemora seis lustros de existência.

A idéia da interiorização do ensino do Direito, que animou o sonho dos precursores de 1960, reluz e persevera, em 1990, nessa iniciativa de uma descentralização da Justiça, concebida com o caráter de uma experiência pedagógica pelo talento do eminentíssimo desembargador Mário Augusto Albani Alves, hoje no comando da valiosa magistratura baiana. Os fatores preponderantes na criação dos cursos jurídicos em Ilhéus são os mesmos que vieram ditar a simbólica transferência da sede do Tribunal de Justiça para o sul do estado, no fito de corrigir as distorções antidemocráticas da fixação do Poder Judiciário na Capital.

A realidade do negro estendal de trevas, que envolveu por dilatado tempo as tristezas e angústias dos povos irmãos de Ilhéus e Itabuna, torna mais intenso o fulgor lampejante de sol que a célula primaz da Faculdade de Direito de Ilhéus acendeu no coração da terra violenta.

A Federação das Escolas Superiores em Ilhéus e Itabuna (FESPI), atualmente presidida pelo invulgar tirocinio de um jurista da categoria do Professor Altamirando Cerqueira Marques, não é só um instrumento de cooperação cultural entre duas comunidades.

Esse laborioso *campus* de preparo

universitário às gerações que amanhecem há de manter bem viva, em toda a região, a consciência do dever irrelutável de preservação à identidade, à unidade e à indivisibilidade da Bahia.

## MENSAGEM DE ANO-NOVO

Durante o jantar de confraternização realizado no final do ano passado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, o desembargador Manuel Pereira — “o mais antigo dos desembargadores que hoje integram o TJ-BA” — pronunciou a mensagem de Ano-Novo, transmitindo “aos queridos companheiros uma fraterna mensagem de solidariedade e esperança”.

Eis a íntegra da mensagem:

“Tenho o privilégio de ser o mais antigo dos desembargadores que hoje integram o Tribunal de Justiça do Estado. São mais de dezessete anos de ininterrupto labor na judicatura de segunda instância, cujo exercício assumi, na representação constitucional do Ministério Público, em 23 de novembro de 1973.

Bem sei que os tribunais permanecem jovens porque os juízes que os compõem, antes que envelheçam, sempre se renovam e se substituem. Mas, a juventude permanente dos pretendentes haverá de enfrentar sempre a inevitável presença daqueles que, tendo chegado muito novos, passaram à frente dos mais velhos, que foram forçados a deixar a pista, vencidos pela idade no longo itinerário. Esses que não envelheceram suficientemente, enquanto não lhes advém a hora de serem sucedidos, perseveram no convívio com a juventude, orientando-a e servindo-a com a autoridade e a sabedoria de sua eficiência. São os decanos dos sagrados colégios, os deões dos templos, que, pertencendo mais ao pretérito do que ao presente, carregados de reminiscências, têm a responsabilidade da defesa e preservação do passado, que se constitui a força es-

tabilizadora das instituições e das sociedades.

O título inestimável que a antiguidade me confere, na messe de primazias e prioridades que me são proporcionadas, não tem apenas o valor do tempo decorrido, apesar de seu precioso estofo. O que importa, essencialmente, em seu conteúdo, é a substância humana de vida que o impregnou, palpitante e vibrável.

Isso é exatamente, por mercê de Deus, o que não falta e nunca há de faltar aos meus valorosos companheiros, a soma das qualidades e virtudes que edificam a formalidade dos verdadeiros magistrados. A devoção à faina jurisdicional. A atenção paciente no exame dos processos. A segurança na análise e crítica da prova. A submissão ao dever de igualdade no tratamento das partes. A constância no estudo, o aprendizado incessante do Direito. O trabalho, cultural, técnico e científico. A obediência ao rigor dos prazos. A preocupação de ser justo. O aprimoramento da consciência ético-jurídica. O amor à Justiça.

Ainda sob o domínio da magia envolvente do Natal, quando já adivinhamos no claro-escuro do horizonte os primeiros clarões do Ano-Novo, quero transmitir aos meus queridos companheiros uma fraterna mensagem de solidariedade e esperança.

Possamos todos, unidos pelo mesmo ideal, em 1991, contribuir para a sempre crescente grandeza e dignidade maior do Poder Judiciário na Bahia.

Salvador, 27 de dezembro de 1990.  
Des. Manuel Je. Pereira da Silva”

## PEQUENAS CAUSAS DOS BARRIS VAI DEFENDER CONSUMIDORES

Em coletiva à imprensa, o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albani, disse que o Código de Defesa do Consumidor representa um grande avanço para os consumido-

res. "Principalmente quando se refere à responsabilidade civil, que sempre no Direito brasileiro foi baseada na culpa", explicou. A partir de agora, com o novo Código, quando o consumidor sofrer qualquer dano, assegura o desembargador, "o fornecedor, o produtor ou o prestador de serviços serão os responsáveis por ele, independentemente de culpa".

Elucidando de como a Justiça baiana se estruturou para fazer cumprir o Código de Defesa do Consumidor, Mário Albiani explicou que o ato responsável pela criação dos Juizados de Pequenas Causas previa o futuro Juizado de Defesa do Consumidor, acrescentando que este, inicialmente, está funcionando na unidade do Juizado dos Barris, no turno matutino (das 7 às 13 horas). Com o crescimento do número de queixas, posteriormente, serão, também, utilizadas as da Liberdade e Piatã.

### Novo juiz

Para atuar no Juizado de Defesa do Consumidor, já foi designado o juiz Jerônimo Santos, conservando a mesma equipe para o atendimento aos consumidores que se considerarem lesados. Questionado sobre o trâmite para a execução das queixas, o presidente do Tribunal de Justiça salientou sobre a praticidade e celeridade do processo:

"Procura-se o atendente, presta-se a queixa; o funcionário elabora a síntese da história e a transmite para o computador. O consumidor deixa o Juizado já ciente do dia da designação da audiência". Um aspecto importante, de acordo com o desembargador Mário Albiani, é de que o limite de 20 salários mínimos determinado para as causas referentes aos Juizados de Pequenas Causas não cobre integralmente o Juizado de Defesa do Consumidor. Para este último, não há um valor pré-fixado.

A fim de atentar para alguns aspectos do Código, que traz no seu bojo 119 artigos, o presidente do Tribunal de Justiça destacou o prazo de cinco anos a

contar da data da compra, para que o consumidor registre suas queixas. "O consumidor deve ter a nota fiscal, porque o bom do Código é isso mesmo; basta ele provar se o objeto tem cinco anos ou não. Ao comerciante, cabe informar sobre o produto comercializado". Mário Albiani informou que "o Código não retroage", significando que o consumidor somente contará com o seu respaldo nas compras feitas a partir da sua entrada em vigor (12 de março de 1991).

### Sanções

O presidente do Tribunal de Justiça ressaltou ainda sobre os diversos tipos de sanções, a exemplo das administrativas, a cassação de registros, a interdição do estabelecimento comercial, dentre outras. Não faltam, também, segundo enumerou o desembargador Mário Albiani, as medidas de repressão, como a reclusão de seis meses a dois anos (em casos de omissão com referência à periculosidade de dado produto), publicidade enganosa, de até um ano, ou mesmo prestar serviços à comunidade.

Com relação às fianças, o presidente do Tribunal de Justiça enfatizou que os valores são elevados, oscilando entre 100 a 200 mil vezes o valor do BTN (na época da elaboração do Código) ou de índice equivalente que o venha substituir. "Qual o comerciante que não atentará para a qualidade do seu produto?", questionou.

O consumidor também está protegido nos casos de consultas a profissionais liberais, valendo a estes semelhante dever cabível aos comerciantes, produtores, fornecedores nacionais ou estrangeiros e prestadores de serviços. "Agora, é um dever do profissional liberal, no caso, por exemplo, de um médico, dar ao cliente todas as informações sobre a sua enfermidade, efeitos colaterais dos medicamentos prescritos, riscos do tratamento e mais o que for necessário".

## Celeridade

De acordo com o presidente Mário Albiani, a celeridade para a solução das queixas encaminhadas será assegurada, lembrando que os trâmites são bastante distintos dos seguidos pela Justiça comum. Recordou, ainda, que não são necessárias testemunhas, aspecto que garante mais a questão da rapidez no desfecho dos casos. "O Judiciário vai ter uma participação grande na aplicação do Código, representando uma oportunidade para que o mesmo possa conviver mais com a população", completou.

## DEBATE SOBRE PLANEJAMENTO FAMILIAR ATENDE À EXPECTATIVA

Com o objetivo de conscientizar e informar os funcionários do Poder Judiciário sobre a questão do planejamento familiar, foi realizada, na segunda quinzena de março, uma palestra-debate a respeito do assunto, com a participação dos médicos Rogério Tourinho (urologista), Nádia Tiúba (ginecologista) e Fátima Mendonça (enfermeira), que abordaram aspectos específicos das suas áreas, não desprezando, também, as doenças sexualmente transmissíveis, como a AIDS.

A palestra foi no Fórum Ruy Barbosa (Salão de Casamentos), realizada pelo Centro de Assistência Médica do Tribunal de Justiça, sob organização do Serviço Social e agradou a todos os participantes. Os benefícios do planejamento familiar e a importância da quantidade planejada dos filhos foram o básico da fala de Fátima Mendonça, que alertou sobre o real conceito de planejamento familiar. "Trata-se de uma medida da Medicina Preventiva, com relação à parte reprodutiva do casal, abarcando tanto aqueles que querem ter filhos como os que não estão querendo", disse.

## Métodos

O médico urologista Rogério Tourinho destacou o uso de preservativos e a vasectomia como meios de planejamento, informando que brevemente será realizada a primeira vasectomia nas dependências do CAM (Centro de Assistência Médica). A ginecologista Nádia Tiúba falou sobre o DIU e a ligadura de trompas, ficando os métodos comportamentais (tabela e o método da ovulação) com Fátima Mendonça. De acordo com a enfermeira não há o melhor método, mas aquele que melhor se adapta a cada pessoa. "Tem aquelas mulheres que se dão muito bem com a pílula anticoncepcional ou com o DIU, mas há também as que se sentem melhor com tabelas, ou com os métodos de barreira (geléias espermáticas e diafragma). O melhor método é aquele que não deixa a mulher engravidar, permitindo o planejamento" afirmou.

No contexto das doenças sexualmente transmissíveis, foram esboçados alguns aspectos de enfermidades "bastante freqüentes hoje em dia, como o condiloma, a sífilis e a AIDS. Foram mencionados os meios de contaminação, visando, sobretudo, derrubar certos tabus dessa síndrome. É importante que as pessoas se conscientizem de que a AIDS é transmitida através do sangue, do ato sexual ou no compartilhar de seringas. A discriminação não é adequada para nenhum doente, por isso não é preciso atravessar a rua para não falar com um aidético. Não se pega AIDS conversando, nem tomando água no mesmo copo", disse.

Diante da receptividade, especialmente com relação a abordagem sobre a AIDS, o CAM está planejando uma próxima palestra-debate, reservando esse tema como exclusividade. O centro já conta com material sobre o assunto em slides e deverá, oportunamente, convidar especialistas.

## JUDICIÁRIO BAIANO CRIA TRIBUNAL DE TRÂNSITO

Próximo à sala do Serviço Médico, localizado no prédio do Detran, será instalado, brevemente, o Tribunal de Trânsito, uma novidade introduzida pelo Tribunal de Justiça da Bahia que, de acordo com o presidente Mário Albiani, "representará um grande avanço no sentido de levar a Justiça ao povo". O supervisor dos Juizados de Pequenas Causas, bacharel Dálvio Jorge, já começou a elaborar uma estatística das ocorrências de acidentes de veículos, com base nos dados existentes nas três unidades dos Juizados.

A depender da conclusão dos estudos estatísticos em andamento, atenta o presidente do Tribunal de Justiça, "o Tribunal de Trânsito será exclusivamente voltado para as causas que envolvam acidentes (responsabilidade civil) ou abrangerá outras que forem encaminhadas aos Juizados de Pequenas Causas".

A priori, a expectativa do desembargador Mário Albiani é que a estatística seja alta o suficiente para exigir que o Tribunal de Trânsito venha a lidar apenas com as ocorrências de acidentes de veículos. A parte penal – acidentes que envolvam vítimas ou aspectos criminais – permanecerá sob a responsabilidade das Varas de Acidentes de Veículos, localizadas no terceiro andar do Fórum Ruy Barbosa.

O valor das causas absorvidas pelo Tribunal de Trânsito ainda está sendo definido, uma vez que esse aspecto está, como explicou o presidente Mário Albiani, dependendo da conclusão da estatística encaminhada à supervisão dos Juizados de Pequenas Causas.

"Ou se restringirá ao teto de 20 salários mínimos, tal como determina o Juizado de Pequenas Causas, ou não será fixado um valor, como ocorre no Juizado Especial de Defesa do Consumidor", completou.

"A política de levar a Justiça ao povo", como sintetizou o presidente do Tribunal de Justiça, foi bastante elogia-

da pelo diretor geral do Detran, Antônio Carlos de Carvalho Santos, ao dizer que não poderia deixar de reconhecer essa conquista: "O Tribunal de Trânsito representa a primeira etapa para a modernização do órgão".

Quanto ao pessoal disponível no novo Tribunal de Trânsito a ser instalado, o presidente Mário Albiani disse que será formado de um juiz de Direito, um conciliador e o pessoal de apoio administrativo, em consonância com uma equipe da Polícia Técnica. "A medida trará benefícios para toda a população e conjugará esforços entre o Detran e a Polícia para litígios decorrentes de trânsito".

O secretário da Segurança Pública, Sérgio Habib, ao avaliar a criação do órgão, lembrou que desde quando atuava como advogado criminalista percebia a necessidade da criação de um tribunal específico devido às queixas em demasia, pela morosidade da Justiça comum".

## SECRETÁRIO DEFENDE O SISTEMA CRIMINAL COM ÚNICA LINGUAGEM

O secretário da Segurança Pública, Sérgio Habib, disse, durante uma visita ao Tribunal de Justiça, que ele entende o sistema criminal como um todo, sem a prática de dialetos, com uma linguagem permanente e única. "A Polícia, representada pela Secretaria da Segurança, e o Poder Judiciário devem manter um diálogo permanente, falando a mesma linguagem; esse é meu maior interesse, como advogado criminal e como secretário da Segurança", declarou Sérgio Habib, no final da visita.

Para colocar em prática essa política, o secretário informou que está em estudo uma série de encontros entre juízes criminais das comarcas da Capital e do interior e delegados de Polícia, para "determinar pontos em comum, tanto da Polícia quanto do Judiciário". Ele expôs

sua idéia para o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, que foi muito receptivo. "Vamos promover esse entrosamento", garantiu o presidente do Tribunal.

O desembargador Mário Albiani ouviu do secretário da Justiça que o governador está se empenhando na solução do impasse gerado meses atrás com relação à alimentação de presidiários em cadeias no interior do estado. "Essa questão, o governador entende que é da responsabilidade do Estado", disse o secretário, assegurando que a SSP vai cuidar do assunto. "Não há uma questão da Polícia ou uma questão do Judiciário; tudo integra o sistema criminal, sob a responsabilidade do Estado", raciocina o secretário Sérgio Habib.

O secretário falou, ainda, da criação do Juizado Especial de Trânsito, anunciado no fim de março pelo presidente do Tribunal de Justiça. "De concreto, o Tribunal já está providenciando a licitação de microcomputadores, para instalação da unidade na sede do Detran", informou Sérgio Habib, depois de quase 30 minutos de conversa com o presidente Mário Albiani. Do encontro participaram, também, os desembargadores Manuel Pereira, Olny Silva e José Abreu. Quando descia, de elevador, do 5º andar para o 2º, para uma visita à sede da Ordem dos Advogados, o secretário foi saudado pelo desembargador Luiz Pedreira Fernandes, que o acompanhou até a sede da OAB.

#### TRIBUNAL E CORREIOS ESTUDAM CONVÉNIO PARA ENTREGA DO DPJ

Foram mantidos, desde o início de abril, os primeiros contatos entre o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, e o diretor dos Correios e Telégrafos na Bahia, Arthur Napoleão, para assinatura de um convênio, para que os Correios prestem de-

terminados serviços no envio de material de interesse do Judiciário, abarcando todas as comarcas do interior do estado.

O diretor dos Correios vai encaminhar ao diretor do Tribunal de Justiça, bacharel Ruy Tourinho, relação com as várias modalidades de serviço disponíveis. Arthur Napoleão destacou para o presidente as vantagens do malote: "Além do relativo baixo custo, permite encomendas com peso de até 20 quilos", disse o diretor dos Correios.

Visando encontrar um meio operacional seguro e econômico na distribuição do Diário do Poder Judiciário, citações, intimações, precatórias, dentre outras correspondências afins, o Tribunal de Justiça assinará um convênio com os Correios, o que representará maior agilização no recebimento das remessas.

O gerente de Impressão e Publicações do IPRAJ, jornalista Reynivaldo Britto, presente ao encontro, aceitou a sugestão, lembrando que o limite do malote, em torno de 20 quilos, possibilita o envio de determinados materiais solicitados pelas comarcas, a exemplo de papel ofício.

Também ressaltou que a redução dos gastos com o envio do Diário do Poder Judiciário permitirá que todas as comarcas de interior passem a receberlo.

Quanto aos prazos via malote, o diretor Arthur Napoleão disse que não passam de 24 horas para as cidades maiores, dobrando para 48 horas, no caso de municípios pequenos. Para garantir a segurança do recebimento, o diretor dos Correios e Telégrafos informou que existe a lista de remessa adotada pelos Correios, na qual devem constar os documentos protocolados. A lista é devolvida no malote seguinte para conferência.

Participaram também do encontro o diretor do Tribunal de Justiça, Ruy Tourinho, e o superintendente do IPRAJ, Durval Storino.

## JUIZADO PRESTA ASSISTÊNCIA MÉDICA AO MENOR CARENTE

Com a presença do presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, sob as bênçãos do padre Pedro Sposato, foi inaugurado, no dia 12 de abril, às 11h30min, o Posto Médico do Juizado de Menores, localizado na Rua Boulevard América, 709, mais uma ação pioneira da atual administração do Poder Judiciário.

O novo Posto Médico, situado no 3º andar da sede central do Juizado de Menores, começou a funcionar na segunda-feira, dia 15, atendendo nos dois turnos, inclusive aos sábados (até às 12 horas).

O juiz titular da 1ª Vara de Menores, Jafeth Eustáquio, no momento substituindo o desembargador Cícero Britto, na 1ª Câmara Cível, revelou enfaticamente sua alegria, afirmando:

— Sem dúvida, esse serviço emergencial atuará como uma forma de minorar o sofrimento de crianças e adolescentes, portadores de todo tipo de agressão, que tanto necessitam do nosso apoio.

Além de todas as doenças endêmicas que muitas das crianças apresentam, algumas são portadoras de doenças sexualmente transmissíveis, segundo o juiz. “Só temos a agradecer ao desembargador Mário Albiani, pela sensibilidade em, mais uma vez, manter-se à frente, com a criação do Posto Médico”, completa Jafeth Eustáquio.

### Reconhecimento

O mesmo teor de reconhecimento caracterizou o breve discurso da juíza substituta da 1ª Vara de Menores, Lurdes Maria Trindade, que dirigiu palavras bastante elogiosas ao presidente Mário Albiani, e, do mesmo modo, ao juiz titular, Jafeth Eustáquio.

Em seguida, o presidente do Tribunal de Justiça agradeceu palavras recebidas, e, muito modesto, disse ter realizado pouco pelo Juizado de Menores, desde quando assumiu a Presidência do

Tribunal.

Durante o seu discurso, o desembargador Mário Albiani recordou-se do tempo em que estava à frente da AMAB, tendo tido a oportunidade de promover o encontro de juízes e curadores de Menores do Nordeste e, ainda, o Encontro Nacional de Juízes e Curadores.

Revelou, mais adiante, que é pensamento do Tribunal de Justiça investir mais no Juizado de Menores, afirmando: “Não podemos, jamais, deixar de aplicar benefícios no juizado, no sentido do cumprimento de todos os deveres concernentes ao novo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Estiveram presentes à solenidade o chefe do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça, bacharel Jesonias Simões, o diretor do Juizado de Menores, Hélio Aguiar, advogados e funcionários do próprio juizado.

O posto médico do Juizado de Menores funcionará com um médico clínico, um psiquiatra, um pediatra e um enfermeiro, atendendo casos emergenciais.

## TRIBUNAL PROSSEGUE COM A INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Um diversificado programa de atividade foi cumprido em vários municípios do extremo sul da Bahia pelo presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, começando em Porto Seguro, onde participou das festividades comemorativas da Semana do Descobrimento do Brasil, durante a solenidade do dia 22 de abril.

O presidente Mário Albiani chegou em Caravelas no dia 23, onde recebeu o título de Cidadão, concedido pela Câmara de Vereadores. No mesmo dia, o desembargador foi, também, homenageado pela Câmara de Teixeira de Freitas, recebendo título equivalente, onde

fez o lançamento da pedra para a construção do fórum do município. Também esteve em Itanhém, para receber o título de Cidadão.

No dia seguinte, fez o lançamento da pedra fundamental da Casa do Juiz em Medeiros Neto, recebendo, ainda, o título de Cidadão da cidade.

Prosseguindo a viagem pelo extremo sul do estado, o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, recebeu, na noite do dia 25, o título de cidadão da cidade de Prado. Pela manhã, participou de uma reunião com os juízes da região, serventuários da Justiça e advogados.

A discussão do programa de desburocratização e racionalização dos serviços da Justiça foi o tema central do encontro, do qual participaram, também, o chefe do Gabinete da Presidência, bacharel Jesonias Simões, o superintendente do IPRAJ, engenheiro Durval Storino, o supervisor do SAIF, juiz Jafeth Eustáquio, e, ainda, os juízes da capital José Olegário Caldas, Benito Alcântara e Juarez Santana.

A informática, um instrumento de celeridade, tem sido peça chave do programa administrativo do Judiciário e, como tal, não poderia faltar durante esta viagem. A "ciência da Informação" esteve representada pelo supervisor do SAIF, Jafeth Eustáquio, e pela equipe da Gerência de Operações Especiais, sob a responsabilidade de Maria Emilia Harfush.

O presidente inaugurou o Fórum Mário Albiani, em Ibirapitanga, e reinaugurou o Fórum Antônio Carlos Magalhães, em Itagibá.

Deixando a cidade de Prado, no dia 26, o presidente Mário Albiani seguiu para Itamaraju. Depois, para Guarantinga, onde recebeu o título de Cidadão daquele município, fazendo o lançamento da pedra fundamental para a construção da Casa do Juiz, deslocando-se, em seguida, para Itabuna.

No dia 27, esteve em Uruçuca, onde, às 8 horas, assinou um convênio relativo à doação de terrenos que a pre-

feitura daquela localidade realizará, visando a construção do fórum e da Casa do Juiz.

Ainda em Uruçuca foi instalada a Zona Eleitoral, com a presença do presidente do Tribunal Regional Eleitoral, desembargador Luiz Pedreira.

O roteiro prosseguiu de Uruçuca para Ibirapitanga, onde foi instalada a comarca e inaugurado o Fórum Desembargador Mário Albiani. O presidente recebeu, em seguida, o título de Cidadão do município. Por fim, o presidente do Tribunal de Justiça foi a Itagibá, para reinaugurar o Fórum Antônio Carlos Magalhães e também receber o título de Cidadão daquela cidade, terminando a viagem no dia 28, em Coaraci.

#### DESEMPENHO E DISCIPLINA DO JPC IMPRESSIONAM JUIZ PARAENSE

"Fiquei impressionado com o desempenho e a disciplina do pessoal que trabalha no Juizado de Pequenas Causas na Bahia", disse o juiz Paulo Sérgio Frota e Silva, da 5ª Vara Cível da Comarca de Belém, capital do Pará, que esteve em Salvador "para estudar o funcionamento do Juizado de Pequenas Causas da Bahia", ao diretor do Tribunal de Justiça, Ruy Tourinho, e ao supervisor dos Juizados de Pequenas Causas, Dálvio Jorge.

O juiz informou que funciona em Belém um juizado informal, mas que o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, desembargador Nelson Silvestre Rodrigues Amorim, impressionado com o funcionamento das unidades em Salvador, principalmente do Juizado de Defesa do Consumidor, decidiu transformar a unidade da comarca em juizado especial.

— Eu li na imprensa, em Belém, que a Bahia havia instalado o primeiro Juizado de Defesa do Consumidor, tão logo entrou em vigor o Código de Defesa

do Consumidor, informou o juiz Paulo Sérgio Frota e Silva, nomeado pelo Tribunal de Justiça do Pará coordenador dos Juizados de Pequenas Causas, acrescentando que o desembargador enviou-o a Salvador "para conhecer o funcionamento do JPC".

O juiz conversou com o diretor do Tribunal de Justiça, Ruy Tourinho, (que acompanhou a implantação do Juizado de Pequenas Causas na Bahia, quando era presidente do Tribunal) e o desembargador Gérson Pereira dos Santos) e com o bacharel Dálvio Jorge, supervisor geral dos Juizados de Pequenas Causas, ouvindo informações que considerou "de importância" para a instalação do Juizado em Belém.

Também visitou a unidade do JPC dos Barris, o primeiro a funcionar na Bahia em 1988 e o pioneiro na instalação do Juizado de Defesa do Consumidor. "Fiquei impressionado com o funcionamento do JPC na Bahia e, com certeza, vou levar para o Tribunal de Justiça do Pará os resultados positivos obtidos pela Bahia com a informatização desse e de outros setores da Justiça", comentou o juiz, que solicitou do supervisor Dálvio Jorge, o envio de técnicos do Judiciário a Belém, quando da instalação de uma unidade do Juizado no Pará.

### **POPULAÇÃO DE LAPÃO E JOÃO DOURADO FESTEJOU INSTALAÇÃO DA COMARCA**

A instalação das comarcas de Lapão e João Dourado, pelo presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, marcou os seis anos de emancipação política dos dois municípios, além de representar uma conquista de antiga reivindicação dos dois municípios.

O presidente do Tribunal de Justiça foi recepcionado, quando chegou a Lapão, pelo prefeito Bráulio Cardoso. Lo-

go em seguida, deslocou-se para o Fórum Vereador José Carlito Dourado, onde deu início à instalação da comarca e, depois, recebeu o título de Cidadão.

Durante toda a manhã, a cidade de Lapão festejou o aniversário de emancipação com shows programados pela prefeitura, além de solenidades cívicas. Houve Carnaval na cidade e, conforme palavras do prefeito, "foi um dia de confraternização". Depois da instalação da comarca de Lapão, o desembargador Mário Albiani seguiu para a cidade de João Dourado, onde foi recebido pelo prefeito Paulo Augusto Carneiro Dourado.

Ali, o presidente do Tribunal de Justiça instalou a comarca de João Dourado e inaugurou o fórum local, que recebeu seu nome. Em seguida, a Câmara de Vereadores outorgou-lhe o título de Cidadão, enquanto o povo aplaudia, manifestando seu agradecimento pela instalação da comarca.

As cidades de Lapão e de João Dourado, na região de Irecê, estão separadas por pouco mais de 30 quilômetros, mas o prefeito de Lapão disse, muito entusiasmado, que "esta distância foi encurtada". Para o prefeito, o intercâmbio festivo foi grande e a população de uma cidade prestigiou a festividade da outra, "compartilhando com uma alegria especial da homenagem ao presidente do Tribunal de Justiça".

No início da noite, nas duas cidades, houve festa popular. A população pulou nas ruas, com micareta, principalmente em João Dourado, onde o trio elétrico animou as festividades de aniversário da cidade. Para o prefeito de Lapão, a instalação da comarca de 1<sup>a</sup> entrância nos dois municípios foi o melhor presente que a comunidade poderia receber nesses anos de emancipação política.

## MÁRIO ALBIANI REÚNE-SE COM JUÍZES EM SERRINHA

Coerente com sua filosofia do papel do juiz-participação, o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, realizou, no próximo dia 21 de maio, em Serrinha, mais uma reunião com juízes, advogados e serventuários da região, nos mesmos moldes do encontro ocorrido em Prado, no sul do estado.

O objetivo central desse gênero de reuniões é a racionalização dos serviços da Justiça e sua consequente celeridade. "Queremos transmitir, com isso, disse Mário Albiani, nova imagem do Poder Judiciário, com o juiz participando dos problemas da sua comunidade, não só na fiscalização dos trabalhos cartorários mas, também, com sua própria atuação como magistrado e cidadão na comarca".

### Participantes

Além da exposição do presidente do Tribunal de Justiça em torno dos objetivos do encontro, participaram como expositores os juízes Olegário Monção Caldas (parte criminal), Juarez Santana e Benito Figueiredo (ambos com a parte cível) e o chefe de gabinete da Presidência, bacharel Jesonias Símões.

Antes da palestra do chefe de gabinete da Presidência, os serventuários já estavam inteirados, pelos juízes da sua comarca, acerca das modificações do trabalho nos cartórios, com a finalidade de agilizar a tramitação dos processos.

Reiterando a política de interiorização traçada desde o início da sua administração, o presidente do Tribunal de Justiça atentou para eficácia deste plano, enfatizando: "É fundamental que não somente os jurisdicionados da Capital tomem conhecimento da nova imagem do Poder Judiciário, mas, também, os do interior do estado".

### Reuniões

Estendendo as reuniões nesses

mesmos moldes, já estão definidas outras duas para os dias 6 e 7 de junho, nas cidades de Santo Estêvão e Itaberaba, respectivamente. Como nas reuniões antes realizadas, a presença da informática, também, dará o tom de celeridade aos serviços, contando, para isso, com integrantes da equipe, que estarão incumbidos de fazer demonstrações, a fim de serem avaliadas na prática.

Com relação aos resultados do trabalho de moralização, verificados até então, Mário Albiani disse que "as medidas disciplinares adotadas pelo Judiciário têm contribuído não só para a moralização da prestação jurisdicional, como, também, para dignificar os serventuários sérios, probos e competentes".

## NORMAS PROCEDIMENTAIS JÁ REUNIDAS EM LIVRO

O Tribunal de Justiça lançou, reunidas em um volume, as "Normas Procedimentais em Matéria Criminal e Não-Criminal", com as quais pretende dar um impulso no andamento processual nas Varas Criminais, Privativas do Júri, Acidentes de Vésculo e Vara de Tóxico, e mais as Cível, da Fazenda Pública, de Família, Assistência Judiciária e Registro Público.

Em ato baixado no início do mês de maio, o presidente do Tribunal de Justiça informou que a aplicação das normas será obrigatória no âmbito dos juízes de primeiro grau, em todas as entrâncias, a partir de 17 de junho. Entende o Tribunal de Justiça que é obrigação, não apenas dos juízes, mas dos escrivães e demais serventuários, a observação de suas atribuições estabelecidas pelas normas.

— O juiz fica encarregado dos atos decisórios em cada processo e o cartório cumpre, de ordem, como estabelecem as normas procedimentais, todas as atividades de andamento de documentos, expedição de mandados, de ofícios, inde-

pendentemente do despacho do juiz, explicou o desembargador Mário Albiani.

"É como se agora o processo tivesse pé e tramitasse mais agilmente pelos caminhos certos", disse o desembargador.

A elaboração das normas procedimentais ficou a cargo de uma comissão formada pelos juízes Juarez Alves de Santana, 1<sup>a</sup> Vara Cível, Benito Alcântara Figueiredo, 2<sup>a</sup> Vara de Família, José Olegário Caldas, 8<sup>a</sup> Vara Crime, Delmário Araújo Leal, 4<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública, Sílvia Carneiro Santos Zarif, 12<sup>a</sup> Vara dos Feitos Cíveis, José Alfredo Neves da Rocha, 7<sup>a</sup> Vara de Substituição, os advogados Amadiz Barreto e Dálvio Jorge, o promotor Vilébaldo Setúbal e mais os serventuários Antonio Carlos Gomes da Costa e Sabino Costa Neto.

Os trabalhos foram analisados pelos desembargadores Ivan Brandão (matéria criminal) e Paulo Furtado (não-crime).

### **DESEMBARGADOR PAULO FURTADO RETORNA DE PALESTRA NO CEARÁ**

Retornou de Fortaleza (CE), onde proferiu palestra sobre "Garantias Processuais Constitucionais" no 2º Congresso Brasileiro de Advocacia, Encontro Nacional Sobre Ensino Jurídico e Salão Nacional do Livro Jurídico, de 15 a 17 de maio, o desembargador Paulo Furtado.

Foram conferencistas, entre outros, os ministros Moreira Alves, Carlos Mário Veloso e Marco Aurélio (do STF), Marcelo Lavenère Machado (presidente do Conselho Federal da OAB), ministros Evandro Lins e Silva e Seabra Fagundes, os professores Fran Martins, Paulo Bonavides e Álvaro Villaça (SP), Vera Della Santa (PE), Míriam Santos (Pelotas-RS), Alexandre Guerreiro (USP), José Joaquim Gomes Canotilho

(da Universidade de Coimbra, Portugal), Herman Baeta, Ophir Cavalcanti, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira e Márcio Thomaz Bastos.

O Congresso foi instalado no dia 15, no Centro de Convenções Edson Queiroz, com abertura pelo presidente da OAB-CE, Ernando Uchoa, e encerrado pelo governador Ciro Gomes, do Ceará.

Prosseguiu no dia seguinte, no Imperial Othon Palace Hotel, com painéis sobre "Novos Reflexos Constitucionais no Direito de Família", "Contratos Administrativos", "O Ensino do Direito na Graduação", "Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização", "Sociedade por Quotas", "A Jurisprudência do STF", "O novo Estatuto do Advogado", "Medida Provisória e Intervenção na Economia", "Novas Prerrogativas do Defensor Público", terminando com a conferência do professor Ives Gandra Martins (SP) sobre "Código de Defesa do Consumidor".

No dia 17, os temas foram "Garantias Processuais Constitucionais", "Direito Tributário na Constituição", "O Ensino de Direito na Pós-Graduação", "Controle da Constitucionalidade", "Inellegibilidade e Desconstituição do Mandato", "Dissídio Coletivo", "O Direito Penal e a Constituição" e "Direito Ambiental Brasileiro".

O ministro Moreira Alves, falando sobre a Constituição e o Supremo Tribunal Federal, encerrou o encontro.

### **ADVOGADOS ELOGIAM A NOVA FILOSOFIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Feira de Santana - Aproveitando de modo produtivo sua viagem a Feira de Santana, onde inaugurou o Juizado de Pequenas Causas e o Juizado de Defesa do Consumidor, no dia 12 de junho, o presidente do Tribunal de Justiça, Mário Albiani, realizou uma reunião

com advogados da comunidade, de quem recebeu apoio unânime à campanha de moralização dos serviços judiciários, da qual participou o presidente da Subseção da OAB de Feira de Santana, Vitalmiro Cunha.

O encontro foi marcado pelo pronunciamento do deputado e advogado Roque Aras, parlamentar que, na elaboração da Constituição estadual, defendeu a criação do Conselho da Justiça, mas que naquele instante já refletia sobre a falta da necessidade de um organismo semelhante.

"Com a política adotada pelo Judiciário e diante de toda essa campanha moralizadora empreendida pelo presidente Mário Albiani, qualquer idéia de criação do Conselho da Justiça torna-se comedida", frisou o deputado.

Disse, ainda, completando seu discurso elogioso ao desembargador Mário Albiani: "Sua atitude é única, sem similar no Judiciário brasileiro". O advogado Roque Aras foi o porta-voz, naquele momento, da reunião da categoria, quando muitos teceram elogios à própria convocação do encontro, feita pelo presidente do Tribunal de Justiça. "Com a integração dos advogados da comunidade poderemos, juntos, participar dessa campanha moralizadora", disseram.

Como tem acontecido em cada comarca visitada pelo desembargador Mário Albiani, também em Feira de Santana foi realizada reunião com juízes. Aproximadamente 70 magistrados de comarcas circunvizinhas e mais os juízes da capital, Juarez Santana, Benito Alcântara e Olegário Caldas estiveram reunidos para discussões em torno das normas procedimentais, recentemente determinadas pelo Tribunal de Justiça, além da ênfase sobre a desburocratização e moralização da Justiça.

O presidente Mário Albiani disse a todos esperar "contar com o apoio de cada um dos serventuários nessa campanha de moralização, senão, de nada vale desburocratizar, informatizar ou modernizar a estrutura da Justiça". Da reunião participou, também, o diretor

geral do Tribunal de Justiça, bacharel Ruy Tourinho.

### REFORMADO POSTO DO JUIZADO DE MENORES DA RODOVIÁRIA

No dia 3 de julho, um dos mais movimentados postos do Juizado de Menores, o da Estação Rodoviária, foi entregue ao público com novas instalações, compatíveis com a elevada demanda de ocorrências e necessidades do local, que chega a registrar 700 casos por dia.

O novo espaço, recém-inaugurado, conta com duas salas com área de circulação, uma sala de aula com capacidade para 15 pessoas, um banheiro e, ainda, um setor especializado na confecção de carteira de identidade.

De acordo com o supervisor do Posto do Juizado de Menores da Estação Rodoviária, Jurandir Silva Santana, nos últimos meses houve um crescimento em torno de 70% no número de ocorrências registradas, o que exigiu, no seu entender, a reforma e ampliação do local.

### Estatuto

Não foi esquecido pela juíza-substituta da 1<sup>a</sup> Vara de Menores, Lourdes Maria Trindade, o aspecto relativo ao Estatuto da Criança e do Adolescente, afirmado, nesse sentido: "Esse empreendimento é coerente com a filosofia de incentivo aos trabalhos de cunho social, destinados ao menor".

Além dos 10 funcionários que atuam nos serviços burocráticos do posto, um conjunto de 106 comissários de menores concede regime de plantões alternados, revezando entre si, durante toda a semana.

O plantão funciona 24 horas sem interrupções, a fim de acompanhar o ritmo dos acontecimentos na área.

O maior problema, segundo a juíza

Lourdes Maria Trindade, continua sendo a ausência da documentação necessária ao menor (certidão de nascimento e a identificação do acompanhante) no momento de o comissário liberar a autorização para viagens. "Poucos são os pais ou responsáveis que fornecem os

documentos solicitados", disse.

Enfatizando que a concretização desse novo espaço "põe fim a uma luta de três anos", o supervisor do posto antevê, a partir da ampliação do local, "mais agilidade dos préstimos e uma produtividade de melhor qualidade".

## ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

<b>ABREU FILHO, JOSÉ</b>	
– Considerações sobre o novo direito brasileiro de família (Doutrina) . . . . .	27
<b>AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO</b>	
– Anistia da correção monetária prevista no art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias. Validade de cláusula contratual. Discussão sobre o montante da dívida. Inadequação (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	61
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA</b>	
– (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	136
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO</b>	
– Crédito rural. Correção monetária. Reconhecimento pela sentença. Resolução do Conselho Monetário Nacional. Provimento da apelação (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	143
<b>AÇÃO DE DESPEJO</b>	
– Tempestividade da réplica. Preclusão para prática de ato. Art. 183 do Código de Processo Civil. Inocorrência de alteração do pedido ou causa de pedir. Sinceridade presumida (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	102
<b>AÇÃO DE INDENIZAÇÃO</b>	
– Lourival de Jesus Ferreira (Sentença) . . . . .	219
<b>AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE</b>	
– Benito Alcântara de Figueiredo (Sentença) . . . . .	220
<b>AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	64
<b>AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE</b>	
– Laudo pericial. Princípio da livre apreciação da prova. Falta de comprovação dos requisitos previstos no art. 927, do Código de Processo Civil. Improcedência da ação. Improvimento da apelação (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	146
<b>AÇÃO POSSESSÓRIA</b>	
– Posse. Direito real. Necessidade de outorga uxória e da citação da	
	253

mulher do réu. Nulidade (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	65
<b>AÇÃO POSSESSÓRIA: EXCLUSIVIDADE DE ARBÍTRIO DO JUIZ</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	67
<b>AÇÃO REIVINDICATÓRIA</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	68
<b>AÇÕES POSSESSÓRIAS</b>	
– Indeclinabilidade da citação da esposa. Improvimento do agravo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	106
<b>ADVOGADOS ELOGIAM A NOVA FILOSOFIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
– (Noticiário) . . . . .	250
<b>ALGUNS ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b>	
– Edvaldo Batista da Silva Júnior (Doutrina) . . . . .	13
<b>ALIMENTOS PROVISIONAIS</b>	
– (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	147
<b>ALVES JÚNIOR, MÁRIO AUGUSTO ALBIANI</b>	
– Sucessão legítima (Doutrina) . . . . .	51
<b>ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR</b>	
– Autoria confessada perante a autoridade policial (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	182
<b>A TEORIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO</b>	
– Josefina de Melo Ruas (Doutrina) . . . . .	21
<b>ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA</b>	
– (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	138
<b>BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULOS</b>	
– Recolhimento a depósito do Poder Público requerente. Inexistência de agravo a direito da municipalidade (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	147
<b>CARNEIRO, WALDECÍRIO DE OLIVEIRA</b>	
– Embargos de terceiro (Sentença) . . . . .	224
<b>CAUTELAR</b>	
– Liminar. Art. 804 do Código de Processo Civil (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	148
– Sentença. Arguição de nulidade. Omissão. Apreciação pelo <i>ad quem</i> . Inépcia não-caracterizada. Propriedade do procedimento (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	108
<b>CONCORDATA PREVENTIVA</b>	
– Conversão em falência. Não-acolhimento. Irrecorribilidade da decisão	

(1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	71
<b>CONDENAÇÃO</b>	
– Pena que não se distanciou dos objetivos do art. 59 do Código Penal. Dever de aplicar-se sanção em grau maior (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	184
<b>CONDOMÍNIO</b>	
– Chamamento ao processo. Presunção de responsabilidade. Propriedade do procedimento. Aplicabilidade do disposto no Código de Processo Civil, art. 397 e da realização de perícia. Cerceamento de defesa (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	110
<b>CONFLITO DE COMPETÊNCIA</b>	
– (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	162
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO DIREITO BRASILEIRO DE FAMÍLIA</b>	
– José Abreu Filho (Doutrina) . . . . .	27
<b>CONSIGNATÓRIA</b>	
– Apelo parcial. Descabimento do pedido de denunciaçāo à lide. Interpretação errônea da Constituição Federal. Improvimento do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	112
<b>CONTRATO</b>	
– Descumprimento. Condição resolutiva tácita. Aplicação do parágrafo único do art. 119 do Código Civil. Inocorrência de julgamento <i>ultra petita</i> (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	114
<b>CRIME DE MAUS-TRATOS</b>	
– Previsão do resultado (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	186
<b>CRIME DE NATUREZA MILITAR</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	167
<b>DEBATE SOBRE PLANEJAMENTO FAMILIAR ATENDE À EXPEC-TATIVA</b>	
– (Noticiário) . . . . .	243
<b>DECISÃO INTERLOCUTÓRIA</b>	
– Fundamentação: art. 165 do Código de Processo Civil (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	150
<b>DESEMBARGADOR PAULO FURTADO RETORNA DE PALESTRA NO CEARÁ</b>	
– (Noticiário) . . . . .	250
<b>DESEMPENHOS E DISCIPLINA DO JPC IMPRESSIONAM JUIZ P-A-RAENSE</b>	
– (Noticiário) . . . . .	247
	255

<b>DESERÇÃO</b>	
- Ausência do advogado. Inocorrência de justa causa (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	77
- Julgamento pelo Conselho de Justiça Militar (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	187
<b>DESPEJO</b>	
- Denúncia vazia. Procedência no juízo do 1 <sup>o</sup> grau. Apelo. Rejeição das preliminares. Improvimento ao recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	78
- Estabelecimento de ensino. Art. 41 da Lei do Inquilinato (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	151
- Locação não-residencial. Retomada. Contrato locatício. Emendas. Pedido de realização de perícia. Julgamento antecipado. Procedência da ação. Irresignação do réu. Agravo retido e apelação. Improvimento (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	81
- Uso próprio. Julgamento antecipado. Admissibilidade. Presunção de sinceridade. Retenção do imóvel. Impossibilidade. Benfeitorias não-consentidas (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	116
- Uso próprio. Julgamento antecipado. Sinceridade. Rejeição das preliminares e improvimento do recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	83
- Uso próprio. Locador residente em prédio próprio. Improvimento (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	152
<b>DOAÇÃO <i>INTER VIVOS</i></b>	
- Pedido de extinção de gravame. Morte dos doadores. Não-acolhimento no juízo de 1 <sup>o</sup> grau. Apelo. Provimento (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	84
<b>EMBARGOS DECLARATÓRIOS</b>	
- Erro material. Reconhecimento. Nulidade (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	85
<b>EMBARGOS DE DECLARAÇÃO</b>	
- Propriedade contra certas decisões interlocutórias (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	139
<b>EMBARGOS DE TERCEIROS</b>	
- Conexão (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	86
<b>EMBARGOS DE TERCEIRO</b>	
- Waldecírio de Oliveira Carneiro (Sentença) . . . . .	224
<b>EXCESSO PRAZAL</b>	
- (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	168
- Configuração. Procedência do pedido: concessão da ordem (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	188
- Constrangimento ilegal. Restabelecimento ilegal de prisão. Revogação da preventiva. Configuração dos fundamentos. Indeferimento da ordem (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	169
- Encerramento da instrução (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	189

<b>EXECUÇÃO</b>	
– Avalista. Solidariedade com o emitente. Penhora. Bem hipotecado (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	118
<b>FACULDADE DE DIREITO DE ILHÉUS – 30 ANOS PREPARANDO AS GERAÇÕES</b>	
– (Noticiário) . . . . .	239
<b>FALTA DE INTIMAÇÃO</b>	
– (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	190
<b>FATOS NÃO-IMPUGNADOS</b>	
– Presunção da veracidade contida no art. 302 e seus incisos do Código de Processo Civil. Interpretação errônea do dispositivo legal (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	118
<b>FERREIRA, LOURIVAL DE JESUS</b>	
– Ação de indenização (Sentença) . . . . .	219
<b>FIGUEIREDO, BENITO ALCÂNTARA DE</b>	
– Ação de investigação de paternidade (Sentença) . . . . .	220
<b>FRAUDE NO PAGAMENTO POR MEIO DE CHEQUE</b>	
– Ausência do exame de corpo de delito direto. Cheque sem fundos emitido como garantia de dívida. Inexistência do delito. Comprovação evidenciada nos autos. Condenação injusta. Provimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	170
<b>HABEAS-CORPUS</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	171
– Réu já condenado. Indeferimento (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	192
– Trancamento da ação penal. Crimes contra a honra (Cons. da Magist.)	161
<b>HOMICÍDIO</b>	
– Júri. Inexistência de exame de corpo de delito. Obrigatoriedade. Nulidade do julgamento. Decisão contrária à prova dos autos (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	194
– Veredito condenatório (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	196
<b>HOMICÍDIO CULPOSO</b>	
– Delito de trânsito. Culpa da vítima. Velocidade compatível com a segurança. Inocorrência. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	172
<b>HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS</b>	
– Desapropriação. Diferença entre a oferta e a indenização. Correção monetária. Provimento parcial (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	88
<b>INVENTÁRIO</b>	
– Remoção de inventariante. Incidente processual. Cabimento de agravio (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	89

JUDICIÁRIO BAIANO CRIA TRIBUNAL DE TRÂNSITO	
– (Noticiário) . . . . .	244
JUIZADO PRESTA ASSISTÊNCIA MÉDICA AO MENOR CARENTE	
– (Noticiário) . . . . .	246
JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE	
– Oportunidade (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	120
JÚRI	
– Apelação. Intempestividade. Inexistência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Mais de uma versão, sendo uma delas coata. Indiciação da autoria de terceiro, por confissão. Inocorrência. Improvimento do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	197
– Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Existência. Deponimento isolado no inquérito policial. Conceito de versão. Provimento (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	199
– Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Prova indicária insuficiente para condenação. Opção do Conselho de Justiça. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	174
– Homicídio e ocultação de cadáver em concurso material (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	202
– Inocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Imperfeição na individualização da pena (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	204
LATROCÍNIO	
– Condenação sem apoio do contraditório. Inocorrência. Retratação desprovida de credibilidade. Apoio da prova pericial à confissão extrajudicial. Acerto da decisão condenatória. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	175
LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA	
– Limites (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	205
LOCAÇÃO	
– Retomada. Submissão do contrato à denúncia vazia. Inaplicabilidade da Lei de Luvas. Improvimento do apelo (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	122
MANDADO DE SEGURANÇA	
– (3 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	141
– Admissibilidade de citação via postal. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo. Indeferimento (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	124
– Concessão de liminar sem audiência da parte contrária em ação cautelar inominada. Ausência de fundamentação e impedimento quanto à adoção de medidas asseguradas por lei. Ofensa a direito líquido e certo. Deferimento do <i>writ</i> (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	90
– ICM. Isenção concedida por convênio. Convênios autorizativos e impositivos. Inadmissibilidade da distinção (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	153
– Licenciamento de militar, sob pretexto de participação em greve. Inocorrência de procedimento administrativo (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	91
MÁRIO ALBIANI REÚNE-SE COM JUÍZES EM SERRINHA	
– (Noticiário) . . . . .	249

MEDIDA CAUTELAR		
– Improvimento (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	155	
MENSAGEM DE ANO-NOVO		
– (Noticiário) . . . . .	241	
MOISÉS, JURANDIR J.		
– Poder de polícia e prisão temporária (Doutrina) . . . . .	39	
MORAES NETO, DERALDO DIAS DE		
– Sociedade de pessoas (Doutrina) . . . . .	42	
NORMAS PROCEDIMENTAIS JÁ REUNIDAS EM LIVRO		
– (Noticiário) . . . . .	249	
NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA		
– Concessão de liminar: dispensabilidade da inspeção judicial (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	157	
OLIVEIRA, ALCIR SANTOS DE		
– Usucapião ordinário (Sentença) . . . . .	231	
PAIVA, ROBERVAL ROQUE BORGES		
– Reparação de dano por ato ilícito (Sentença) . . . . .	225	
PEQUENAS CAUSAS DOS BARRIS VAI DEFENDER CONSUMIDORES		
– (Noticiário) . . . . .	241	
PETIÇÃO INICIAL		
– Defeitos e irregularidades sanáveis. Emenda (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	92	
PETIÇÃO INICIAL INCOMPLETA		
– Ausência de assinatura de advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Despacho mandando a parte suprir a falta. Irresignação. Improvimento ao recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	93	
PODER DE POLÍCIA E PRISÃO TEMPORÁRIA		
– Jurandir J. Moisés (Doutrina) . . . . .	39	
POPULAÇÃO DE LAPÃO E JOÃO DOURADO FESTEJOU INSTALAÇÃO DA COMARCA		
– (Noticiário) . . . . .	248	
PRAZO RECURSAL		
– Início. Publicação. Intimação (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	125	
PRISÃO PREVENTIVA		
– Inexistência de fundamentação. Nulidade do ato (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	208	
PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO		
– (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	95	
		259

<b>PRONÚNCIA</b>	
– Homicídio qualificado e lesão corporal. Incabimento da desclassificação para homicídio simples e da acolhida da excludente (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	210
<b>PROVA DE DIREITO ADMINISTRATIVO</b>	
– (Concurso de Juiz de Direito) . . . . .	235
<b>PROVA DE DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL</b>	
– (Concurso de Juiz de Direito) . . . . .	237
<b>RECURSO DE <i>HABEAS-CORPUS</i></b>	
– (2 <sup>a</sup> Câm. Crim) . . . . .	214
– Prisão efetuada ao desabrigo das hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. Concessão. Recurso <i>ex officio</i> . Preliminar de não-conhecimento deste recurso. Descabimento e seu improvisoamento (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	177
<b>REDUÇÃO DA PENA</b>	
– Sentença que a fixou aproximando-a do msnimo. Improvisoamento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	178
<b>REFORMADO POSTO DO JUIZADO DE MENORES DA RODOVIÁRIA</b>	
– (Noticiário) . . . . .	251
<b>REINTEGRAÇÃO DE POSSE</b>	
– (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	96
– Concessão de liminar. Agravo. Rejeição das preliminares. Improvisoamento do recurso (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	99
<b>REINTEGRAÇÃO POSSESSÓRIA</b>	
– Incompleta apreciação da prova. Não-comprovação dos requisitos do Código de Processo Civil, art. 927. Provimento da apelação (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	126
<b>REPARAÇÃO DE DANO</b>	
– Legitimidade ativa. Prova de propriedade do veículo danificado. Ausência. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Agravo provado (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	129
<b>REPARAÇÃO DE DANO POR ATO ILÍCITO</b>	
– Roberval Roque Borges Paiva (Sentença) . . . . .	225
<b>RESPONSABILIDADE PENAL</b>	
– Imprudência. Sentença confirmada (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	215
<b>RETIFICAÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO</b>	
– (3 <sup>a</sup> Câm. Cfv.) . . . . .	142
<b>RETOMADA</b>	
– Imóvel não-residencial. Denúncia vazia. Pedido formulado por con-	

dôminos. Legitimidade. Benfeitorias não-consentidas. Ausência de direito à indenização (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	130
<b>REVELIA</b>	
– Efeitos. Julgamento antecipado da lide (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	100
<b>REVISÃO CRIMINAL</b>	
– (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	163
– Procedimento judicialeforme. Acusado presente e não intimado regularmente para interrogatório. Nulidade do processo. Extinção da punibilidade (Câms. Crims. Reuns.) . . . . .	164
<b>REVISÃO DE ALUGUEL</b>	
– Objetivos (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	132
<b>ROUBO QUALIFICADO</b>	
– Nulidade processual, por inépcia da denúncia e falta de intimação da defesa para audiência em outra comarca. Falta de prova de autoria. Tentativa. Não-conhecimento da 1 <sup>a</sup> preliminar e rejeição da segunda. Improvimento do apelo (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	179
<b>RUAS, JOSEFINA DE MELO</b>	
– A teoria do crédito tributário no direito brasileiro (Doutrina) . . . . .	21
<b>SECRETÁRIO DEFENDE O SISTEMA CRIMINAL COM ÚNICA LINGUAGEM</b>	
– (Noticiário) . . . . .	244
<b>SENTENÇA</b>	
– Nulidade. Ações conexas (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	133
<b>SEPARAÇÃO CONSENSUAL</b>	
– Petição inicial. Assinatura dos cônjuges (art. 1.120, § 2º, do CPC) (4 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	158
<b>SERVIDÃO DE TRÂNSITO</b>	
– Inexistência (2 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	135
<b>SILVA JÚNIOR, EDVALDO BATISTA DA</b>	
– Alguns aspectos do princípio do contraditório e da ampla defesa na Constituição de 1988 (Doutrina) . . . . .	13
<b>SOCIEDADE DE FATO</b>	
– Alimentos provisórios. Impossibilidade. Provimento ao agravo (1 <sup>a</sup> Câm. Cív.) . . . . .	101
<b>SOCIEDADE DE PESSOAS</b>	
– Deraldo Dias de Moraes Neto (Doutrina) . . . . .	42
<b>SUCESSÃO LEGÍTIMA</b>	
– Mário Augusto Albiani Alves Júnior (Doutrina) . . . . .	51
	261

TRÁFICO DE MACONHA - (2 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	216
TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - Inexistência de nexo causal. Acusação sem base na realidade. Falta de justa causa. Extensão de julgado. Deferimento da ordem (1 <sup>a</sup> Câm. Crim.) . . . . .	180
TRIBUNAL E CORREIOS ESTUDAM CONVÊNIO PARA ENTREGA DO DPJ - (Noticiário) . . . . .	245
TRIBUNAL PROSSEGUE COM A INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA - (Noticiário) . . . . .	246
USUCAPIÃO ORDINÁRIO - Alcir Santos de Oliveira (Sentença) . . . . .	231

## ÍNDICE NUMÉRICO

04/85	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	147
17/89	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	148
60/89	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	77
66/89	Agravo de instrumento de Camaçari . . . . .	67
96/89	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	93
106/89	Agravo de instrumento de Capim Grosso . . . . .	147
168/89	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	155
191/89	Agravo de instrumento de Ipiaú . . . . .	101
220/89	Agravo de instrumento de Itabuna . . . . .	71
311/89	Agravo de instrumento de Cipó . . . . .	99
170/90	Agravo de instrumento de Salvador . . . . .	106
237/87	Apelação cível de Salvador . . . . .	141
369/87	Apelação cível de Livramento de Nossa Senhora . . . . .	86
447/87	Apelação cível de Jequié . . . . .	146
475/88	Apelação cível de Coaraci . . . . .	64
757/88	Apelação cível de Salvador . . . . .	92
994/88	Apelação cível de Salvador . . . . .	84
1.156/88	Apelação cível de Salvador . . . . .	81
1.218/88	Apelação cível de Salvador . . . . .	85
1.246/88	Apelação cível de Salvador . . . . .	78
78/89	Apelação cível de Cruz das Almas . . . . .	68
117/89	Apelação cível de Taperoá . . . . .	65
203/89	Apelação cível de Juazeiro . . . . .	95
370/89	Apelação cível de Riachão do Jacuípe . . . . .	158
376/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	88
418/89	Apelação cível de Amargosa . . . . .	89
454/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	153
468/89	Apelação cível de Monte Santo . . . . .	142
514/89	Apelação cível de Guanambi . . . . .	143
661/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	138
719/89	Apelação cível de Feira de Santana . . . . .	152
764/89	Apelação cível de Itamaraju . . . . .	120
784/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	110
1.076/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	114
1.153/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	136
1.166/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	108
1.228/89	Apelação cível de Santo Amaro . . . . .	100
1.242/89	Apelação cível de Salvador . . . . .	83
104/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	102
249/90	Apelação cível de Santo Amaro . . . . .	61
330/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	133
142/89	<i>Habeas-corpus</i> de Itamaraju . . . . .	161

188/89	<i>Habeas-corpus</i> de Tucano . . . . .	180
205/89	<i>Habeas-corpus</i> de Salvador . . . . .	169
218/89	<i>Habeas-corpus</i> de Salvador . . . . .	188
227/89	<i>Habeas-corpus</i> de Feira de Santana . . . . .	189
272/89	<i>Habeas-corpus</i> de Coaraci . . . . .	208
328/89	<i>Habeas-corpus</i> de Jacaraci . . . . .	168
412/89	<i>Habeas-corpus</i> de Ruy Barbosa . . . . .	171
156/88	Mandado de segurança de Salvador . . . . .	124
230/88	Mandado de segurança de Maragogipe . . . . .	150
375/88	Mandado de segurança de Salvador . . . . .	151
422/88	Mandado de segurança de Paulo Afonso . . . . .	157
120/89	Mandado de segurança de Gandu . . . . .	90
551/89	Mandado de segurança de Coribe . . . . .	139
14089196024-1	Mandado de segurança de Salvador . . . . .	91
19/89	Recurso criminal de Poções . . . . .	210
30/89	Recurso criminal de Alagoinhas . . . . .	205
98/89	Recurso de <i>habeas-corpus</i> de Santo Estêvão . . . . .	177
173/89	Recurso de <i>habeas-corpus</i> de Itapebi . . . . .	214
04/88	Revisão criminal de Salvador . . . . .	164
05/88	Revisão criminal de Salvador . . . . .	163
369/90	Apelação cível de Cachoeira . . . . .	130
536/90	Apelação cível de Itabuna . . . . .	129
560/90	Apelação cível de Vitória da Conquista . . . . .	135
569/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	118
665/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	96
691/90	Apelação cível de Senhor do Bonfim . . . . .	112
743/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	122
758/90	Apelação cível de Salvador . . . . .	132
876/90	Apelação cível de Itaberaba . . . . .	118
892/90	Apelação cível de Jequié . . . . .	126
141/87	Apelação criminal de Itabuna . . . . .	202
173/87	Apelação criminal de Salvador . . . . .	196
228/87	Apelação criminal de Senhor do Bonfim . . . . .	197
98/88	Apelação criminal de Vitória da Conquista . . . . .	184
126/88	Apelação criminal de Jequié . . . . .	199
151/88	Apelação criminal de Salvador . . . . .	190
155/88	Apelação criminal de Vitória da Conquista . . . . .	194
163/88	Apelação criminal de Itabuna . . . . .	182
06/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	204
39/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	186
78/89	Apelação criminal de Feira de Santana . . . . .	216
110/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	178
119/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	187
134/89	Apelação criminal de Itagibá . . . . .	174
143/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	215
164/89	Apelação criminal de Salvador . . . . .	167
08/90	Apelação criminal de Itabuna . . . . .	172
15/90	Apelação criminal de Salvador . . . . .	179
40/90	Apelação criminal de Salvador . . . . .	170
74/90	Apelação criminal de Salvador . . . . .	176
04/89	Conf. de compet. de Jacobina . . . . .	162
873/89	Embargos de declaração de Salvador . . . . .	125
22/89	<i>Habeas-corpus</i> de Salvador . . . . .	192