

BAHIA FORENSE
V. 35 JUL/DEZ
1991

LEGISLAÇÃO
DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA

Nº 35

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**BAHIA
FORENSE**

*Legislação
Doutrina
Jurisprudência*

ID: 010 123



Bahia For.	Salvador	v.35	p.1/260	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	---------	-----------	------

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 janeiro/1992

FOMBO 010675



BAHIA FORENSE: legislação, doutrina e jurisprudência –
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia/Gerência de Im-
pressão 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 Jus-
tiça.

CDD 340.05

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

CATÁLOGO

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^{as}-feiras – 2^a e 4^a 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 FERNANDES FIGUEIRA

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 BULHÕES

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

Des. JOÃO SANTA ROSA de Carvalho

Des. José JUSTINO Pontes TELLES

PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA

Dr. CARLOS ALBERTO DUTRA CINTRA

1^a CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 4^{as}-feiras às 14 horas)

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

2^a CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 3^{as}-feiras às 14 horas)

Desa. OLNY SILVA
Des. JOSÉ ABREU Filho
Des. OSMAR de Souza OLIVEIRA
Des. JOÃO SANTA ROSA de Carvalho

3^a CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 4^{as}-feiras às 14 horas)

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

4^a CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 3^{as}-feiras às 14 horas)

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

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS
(Sessões às 5^{as}-feiras – 2^a e 4^a 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
Des. JOÃO SANTA ROSA de Carvalho
Des. José JUSTINO Pontes TELLES

1^a CÂMARA CRIMINAL
(Sessões às 3^{as}-feiras às 14 horas)

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

2^a CÂMARA CRIMINAL
(Sessões às 5^{as}-feiras às 14 horas)

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

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
(Sessões às 4^{as}-feiras – 1^a e 3^a do mês às 14 horas)

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

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. Edmilson JATAHY FONSECA – 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
Des. JAYME Ferrari BULHÕES
Des. HÉLIO Vicente LANZA

SUMÁRIO

DOUTRINA

– <i>A contestação na ação de alimentos.</i> PAULO FURTADO	13
– <i>A visualização dos acidentes automobilísticos sob a ótica da responsabilidade civil pelo fato da coisa.</i> NILZA REIS	20
– <i>Denúncia vazia, um anacronismo jurídico.</i> EDUARDO SILVA COSTA	31
– <i>O caso do babalorixá Nélson</i> (Quando a paranormalidade dá cadeia!) CÉSAR DE FARIA JÚNIOR	38
– <i>O direito à pensão alimentícia.</i> MARCUS VINICIUS AMERICANO DA COSTA	48
– <i>Procedimentos cautelares. O poder cautelar geral.</i> JOSÉ ABREU FILHO	50

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

– <i>Concurso público para a magistratura.</i> Limite de idade. Média mínima exigida pela lei editalícia (Trib. Pleno)	57
– <i>Mandado de injunção.</i> Pressuposto de admissibilidade: ausência de norma regulamentadora. Inviabilidade da injunção para obter majoração dos vencimentos de servidores públicos (Trib. Pleno)	57
– <i>Concurso público.</i> Exigência de documentação não atendida para habilitação ao cargo na data de inscrição (Câms. Cívs. Reuns.)	61
– <i>Impedimento do julgador.</i> Casos taxativamente enumerados pelo art. 134 do Código de Processo Civil (Câms. Cívs. Reuns.)	62
– <i>Município.</i> Representação em juízo (Câms. Cívs. Reuns.)	65
– <i>Ação declaratória de nulidade.</i> Testamento. Formalidades. Improcedência. Apelo. Rejeição das preliminares. Provimento (1 ^a Câm. Cív.)	66
– <i>Ação de consignação em pagamento</i> (1 ^a Câm. Cív.)	70
– <i>Ação de desapropriação</i> (1 ^a Câm. Cív.)	72
– <i>Ação de reintegração de posse</i> (1 ^a Câm. Cív.)	74
– <i>Ação de reintegração de posse</i> (1 ^a Câm. Cív.)	76
– <i>Ação de responsabilidade civil contra administradores</i> (1 ^a Câm. Cív.)	78
– <i>Ação revisional.</i> Revelia. Comparecimento do réu antes do julgamento. Perícia. Indispensabilidade. Nulidade da sentença (1 ^a Câm. Cív.)	79
– <i>Argüição de descumprimento de decisão.</i> Ato comissivo. Insuficiência	

de provas. Questão intrincada ensejando a dúvida. Indeferimento do <i>writ</i> (1 ^a Câm. Cív.)	80
– <i>Busca e apreensão</i> . Deferimento de liminar. Natureza cautelar da medida. Cessação da eficácia (1 ^a Câm. Cív.)	82
– <i>Contrato</i> . Diversidade. Fusão. Inadimplência. Provimento do recurso (1 ^a Câm. Cív.)	83
– <i>Denúncia vazia</i> . Julgamento antecipado. Retomada. Fundo de comércio. Inadmissibilidade. Improvimento ao agravo (1 ^a Câm. Cív.)	85
– <i>Denúncia vazia</i> . Locação não-residencial. Notificação premonitória. Procedência do pedido. Apelo. Arguição de inexistência da sentença e do processo por falta de representação da autora pelo advogado para postular em seu nome. Preliminar não acolhida. Mérito da questão não discutido. Improvimento do recurso (1 ^a Câm. Cív.)	86
– <i>Embargos</i> . Nulidade. Morte da parte. Desconhecimento do juízo. Dívida. Quitação por quem não tinha condição de fazê-lo (1 ^a Câm. Cív.)	88
– <i>Execução</i> . Nomeação de bem à penhora. Inadmissibilidade. Alegação de cerceamento de defesa não acolhida. Improvimento ao recurso (1 ^a Câm. Cív.)	89
– <i>Execução</i> . Oposição de embargos. Rejeição. Improvimento ao recurso (1 ^a Câm. Cív.)	91
– <i>Liquidação de sentença</i> . Cálculo do contador. Intimação das partes. Impugnação do cálculo. Decisão fundamentada (1 ^a Câm. Cív.)	93
– <i>Processo de concordata preventiva</i> . Preliminares de intempestividade e de coisa julgada rejeitadas (1 ^a Câm. Cív.)	94
– <i>Recurso</i> . Legítimo interesse. Lesividade. Não-conhecimento (1 ^a Câm. Cív.)	98
– <i>Servidão predial</i> . Remoção de um lugar para o outro. Vantagens do prédio dominante. Despesas (1 ^a Câm. Cív.)	98
– <i>Testemunha</i> . Impedimento. Agravo improvido (1 ^a Câm. Cív.)	100
– <i>Ação de despejo</i> (2 ^a Câm. Cív.)	101
– <i>Ação de revisão de aluguel</i> . Objeto próprio. Apelação interposta contra sentença que a julga procedente. Acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa. Anulação de ato judicial e suas consequências (2 ^a Câm. Cív.)	103
– <i>Acidente de trânsito</i> . Responsabilidade civil. Prova inconcussa da culpabilidade do condutor do veículo do réu. Lucros cessantes. Recurso adesivo. Improvimento (2 ^a Câm. Cív.)	105
– <i>Ações anulatória, reivindicatória e de resarcimento de danos</i> . Provimento do agravo para correção de inexactidão material. Rejeição de preliminares. Provimento parcial ao recurso do Estado. Improvimento do apelo do autor (2 ^a Câm. Cív.)	107
– <i>Embargos de terceiros</i> . Oposição de embargos de terceiros contra ato de apreensão judicial praticado em qualquer feito, seja no processo de conhecimento, no de execução ou cautelar. Legitimidade <i>ad causam</i> (2 ^a Câm. Cív.)	110
– <i>Execução de título extrajudicial</i> (2 ^a Câm. Cív.)	112
– <i>Falta de citação do litisconsorcie</i> . Realização do ato processual impugnado. Extinção do processo (2 ^a Câm. Cív.)	113

– <i>Ilegitimidade passiva ad causam</i> . Extinção do processo. Cessão irre- vogável e irretratável de direito em incorporação de prédio de aparta- mento. Art. 1.074 do Código Civil (2 ^a Câm. Cív.)	115
– <i>Investigatória</i> . Incompetência territorial. Preclusão (2 ^a Câm. Cív.)	117
– <i>Mandado de segurança</i> . Prazo para propositura. Verdade sabida. Ino- corrência (2 ^a Câm. Cív.)	118
– <i>Medida cautelar</i> (2 ^a Câm. Cív.)	120
– <i>Transação</i> (2 ^a Câm. Cív.)	122
– <i>Vulnerações de princípios legais e resultantes de error in proceden- do</i> . Ausência de citação. Inexistência da lide. Invalidação do processo, a partir da inicial, exclusive (2 ^a Câm. Cív.)	124
– <i>Ação cautelar de atentado</i> . A ausência de intimação do advogado. Nuli- dade do processo (3 ^a Câm. Cív.)	125
– <i>Ação de alimentos</i> (3 ^a Câm. Cív.)	126
– <i>Ação de indenização</i> . Aplicação no mercado financeiro durante o pe- ríodo de greve bancária (3 ^a Câm. Cív.)	127
– <i>Extinção de mandado de segurança</i> . Não-citação dos litisconsortes necessários (3 ^a Câm. Cív.)	129
– <i>Ação declaratória de nulidade</i> . Cláusula constante de partilha dos bens do casal em ação de separação consensual. Preliminares de cerceamento de defesa e da coisa julgada rejeitadas. Procedência da ação (4 ^a Câm. Cív.)	131
– <i>Ação de depósito de veículo</i> . Prisão civil (4 ^a Câm. Cív.)	133
– <i>Alienação em fraude à execução</i> . Adjudicação e imissão de posse em favor do exequente. Indeferimento da segurança (4 ^a Câm. Cív.)	135
– <i>Concubinato</i> . Sociedade de fato. Indenização. Partilha e indenização por serviços prestados. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal (4 ^a Câm. Cív.)	137
– <i>Consignação em pagamento</i> . Anistia da correção monetária. Impro- vimento (4 ^a Câm. Cív.)	139
– <i>Despejo</i> . Retomada para uso de filho adotivo. Viabilidade (4 ^a Câm. Cív.)	140
– <i>Despejo</i> . Uso próprio por necessidade comprovada. Nulidade da sen- tença (4 ^a Câm. Cív.)	141
– <i>Embargos de terceiros</i> . Linha telefônica. Improvimento (4 ^a Câm. Cív.)	142
– <i>Execução</i> . Nulidade de citação. Liquidez do título. Improvimento (4 ^a Câm. Cív.)	144
– <i>Honorários advocatícios</i> (4 ^a Câm. Cív.)	145
– <i>Investigação de paternidade</i> . Apreciação da prova pelo juiz. Indícios e presunções. Comprovação da conduta reprovável da mãe do investi- gante (4 ^a Câm. Cív.)	146
– <i>Locação</i> . Despejo. Purgação da mora. Reabertura de prazo (4 ^a Câm. Cív.)	148
– <i>Notificação premonitória</i> . Ação de despejo. Inaplicação da regra do art. 806 do Código de Processo Civil (4 ^a Câm. Cív.)	149

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

- *Apreensão policial de veículo envolvido em prática delituosa*. Denega-
ção de pedido judicial de liberação. Cabimento (Câms. Crims.

Reuns.)	151
– <i>Revisão criminal</i> . Improcedência contra sentença fundamentada, estribada na prova exuberante dos autos (Câms. Crims. Reuns.)	152
– <i>Citação editalícia</i> . Afixação. Defensor nomeado. Nulidade do processo (1 ^a Câm. Crim.)	153
– <i>Decreto de prisão preventiva desfundamentado</i> . Réu primário e de bons antecedentes. Ordem deferida (1 ^a Câm. Crim.)	153
– <i>Delitos</i> . Desclassificação (1 ^a Câm. Crim.)	155
– <i>Duplo homicídio</i> . Dois acusados. Unidade do julgamento. Libelos divorciados da sentença de pronúncia. Anulação do processo, a partir desses libelos (1 ^a Câm. Crim.)	156
– <i>Estupro</i> . Decisão lastreada em declarações da vítima e da genitora. Fatos, indícios e circunstâncias comprometedores. Improvimento (1 ^a Câm. Crim.)	158
– <i>Excesso prazal</i> . Deferimento (1 ^a Câm. Crim.)	161
– <i>Excesso prazal</i> . Flagrante. Imprestabilidade. Deferimento (1 ^a Câm. Crim.)	162
– <i>Homicídio culposo</i> . Acidente de veículo. Atropelamento e morte de criança. Prova da culpa. Improvimento do apelo (1 ^a Câm. Crim.)	163
– <i>Illegalidade da prisão preventiva</i> (1 ^a Câm. Crim.)	164
– <i>Júri</i> . Quesitos obrigatórios. Ausência. Nulidade (1 ^a Câm. Crim.)	165
– <i>Latrocínio</i> . Proveito patrimonial. Prova indiciária indubidosa. Sentença condenatória. Improvimento (1 ^a Câm. Crim.)	167
– <i>Legítima defesa</i> (1 ^a Câm. Crim.)	168
– <i>Legítima defesa</i> . Decisão do Conselho Especial de Justiça. Ausência de testemunhas. Inexistência de outras provas ou circunstâncias descharacterizadoras da discriminante. Decisão compatível com a versão do agente. Improvimento do recurso (1 ^a Câm. Crim.)	169
– <i>Legítima defesa putativa</i> . Decisão do Tribunal do Júri contrária à prova dos autos. Impossibilidade da discriminante em concurso de agentes. Limite da soberania do tribunal popular. Provimento (1 ^a Câm. Crim.)	171
– <i>Mandado de notificação</i> . Falta de assinatura do advogado. Peso da maconha. Divergência. Entorpecente. Sentença. Fundamentação. Relação entre o crime e a ré (1 ^a Câm. Crim.)	172
– <i>Roubo</i> . (1 ^a Câm. Crim.)	174
– <i>Absolvição por insuficiência de provas para condenação</i> . Crimes dos arts. 129, <i>caput</i> , e 331 do Código Penal (2 ^a Câm. Crim.)	175
– <i>Co-autoria</i> . Comprovação (2 ^a Câm. Crim.)	178
– <i>Decisão contrária à prova dos autos</i> . Duplicidade de versões (2 ^a Câm. Crim.)	179
– <i>Delito de tráfico de tóxico</i> . Denúncia formulada com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e sem a existência de qualquer víncio previsto no art. 43 do mesmo código. Tempestividade no oferecimento das razões de recurso de um dos co-réus. Nulidades argüidas que não resultaram prejuízo para a acusação ou para a defesa. Desnecessidade do exame de dependência. Prova material indubidosa. Insuficiência de prova para a condenação de dois co-réus. Aplicação da pena exasperada. Não-configuração de crime continuado. Inaplicabilidade da primeira parte do art. 18, III, da Lei 6.368, de 21.10.76 (2 ^a	180

Câm. Crim.)	182
- <i>Delito de tóxicos</i> . Condenação. Falta de provas para evidenciar a autoria (2 ^a Câm. Crim.)	185
- <i>furto</i> . (2 ^a Câm. Crim.)	186
- <i>Furto qualificado</i> . Concurso de agentes. Desclassificação para o delito do <i>caput</i> do art. 155 do Código Penal. Participação não comprovada (2 ^a Câm. Crim.)	188
- <i>Habeas-corpus</i> . Pluralidade de pacientes (2 ^a Câm. Crim.)	189
- <i>Habeas-corpus liberatório</i> (2 ^a Câm. Crim.)	191
- <i>Homicídio: aberratio ictus</i> (2 ^a Câm. Crim.)	191
- <i>Júri</i> . Novo julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Correção da pena aplicada (2 ^a Câm. Crim.)	193
- <i>Penitente</i> . Requerimento de benefícios (2 ^a Câm. Crim.)	195
- <i>Tráfico de maconha</i> . Condenação. Apelo da defesa (2 ^a Câm. Crim.)	196
- <i>Trancamento da ação penal</i> . Denunciaçāo caluniosa. Tipicidade (ausência). Falta de justa causa (2 ^a Câm. Crim.)	197

SENTENÇA

- <i>Ação de consignação em pagamento</i> . ALCIR SANTOS DE OLIVEIRA	201
- <i>Ação de indenização</i> . VALDECÍRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO	205
- <i>Cálculo de gratificação de adicionais por tempo de serviço</i> . RAYMUNDO DE SOUZA CARVALHO	207
- <i>Falência</i> . CLÉSIO RÔMULO CARRILHO ROSA	208
- <i>Roubo</i> . ROLEMBERG COSTA	213

CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO

- Prova de Direito Civil e Processual Civil	217
- Prova de Direito Civil e Processual Civil	219

NOTICIÁRIO

- A pena e sua aplicação no Código Penal brasileiro	221
- Inaugurado CPD do Judiciário	228
- Juiz deve resistir à desagregação social	228
- Desembargador entra para a Academia	229
- JPC de Feira tem turma julgadora	229
- Oeste da Bahia ganhou mais 4 comarcas	230
- Superintendente do IPRAJ destaca as vantagens do malote	231
- Feirense confiante nos juizados	231
- Aprovadas novas zonas eleitorais	233
- Camaçari lança pedra fundamental do fórum	233
- Juízes vão trabalhar em mutirão	234
- Magistrados indicam Albiani para a AMAB	234

– Estudantes debatem pena de morte em palestra no Fórum	234
– Informática chega à 2 ^a Instância	235
– Nomeados juízes para comarcas do interior	236
– Magistrado preocupado em melhorar a Justiça	236
– Encontro de estudantes de Direito com juízes	236
– Gérson Pereira dos Santos: o mais novo imortal da Academia de Letras da Bahia	237
– Tribunal empossa dois novos desembargadores	243
– Tribunal de Justiça elege mesa diretora para o biênio 92-94	245

DOUTRINA

A CONTESTAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS PRAZO: TERMO INICIAL

PAULO FURTADO *

Ninguém pode, de sã consciência, negar que o advento da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, a chamada "Lei de Alimentos", representou, à época, um admirável avanço no tratamento processual da espécie. Já se falava, antes do novo diploma legal, e com a justificativa da célebre revolta dos fatos contra o Código (à base do fenômeno da emancipação econômica da mulher, provocado pela industrialização em larga escala, característica do século XX), na necessidade de adaptar o Direito Processual ao estágio a que já chegara o Direito Material, em luta por ajustar-se a uma realidade ditada por esses fatos antes não considerados pelo legislador, mas já levados em conta pela doutrina e pela jurisprudência. Os alimentos, anteriormente deferidos apenas aos parentes, gerados por uma obrigação alimentar, por exemplo, à força da união familiar; ou da própria união dita irregular etc. Buscou-se, nesse contexto, um procedimento sumário para as ações de alimentos, de que resultou um anteprojeto de lei (da autoria do ministro Cordeiro Guerra, do STF), e em cuja tramitação, pelo Congresso, tiveram efetiva participação parlamentares de nomeada, como Nélson Carneiro, Raymundo Brito, Arruda Câmara, Brito Velho, Geraldo Freire, José Bonifácio, Bezerra Neto, Lino de Matos, Aloysio de Carvalho e

outros.

Passada, porém, toda a euforia, provocada pela protetora maratona, naturalmente começaram a surgir as dúvidas e perplexidades consequentes do assentamento legal, em sua aplicação prática e diária nos tribunais. Deslumbrados pelo caráter protecionista da lei, muitos relegaram a plano secundário e absolutamente inferior o princípio da paridade de tratamento, basilar do processo, a tal medida que, em 1973, o próprio Supremo Tribunal Federal ainda discutia sobre a oportunidade de apresentação da resposta do réu, na ação alimentar, quando se sabe que de melhor alvitre seria ter o legislador fixado esse prazo, ao invés de consagrá-lo como prazo judicial, ao arbítrio do magistrado, portanto. *Habemus legem*, porém.

Prazo de resposta

Preocupado com a celeridade reclamada pela natureza peculiar da ação, o legislador, ao tratar do procedimento, previu, no art. 5º da Lei 5.478/68, que "o escrivão, dentro em 48 horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento". Arrematou, no § 1º: "Na designação da audiência, o

* Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia. Professor da Universidade Federal da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Bahia For.	Salvador	v.35	p.13/55	Jul/Dez.	1991
------------	----------	------	---------	----------	------

juiz fixará o prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital".

Alterou-se, aí, o projeto inicial do Executivo, que, no art. 4º, dispunha: "... remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao devedor, citando-o, ao mesmo tempo, para comparecer à audiência de julgamento, que será a primeira desimpedida, depois, de cinco dias". Con quanto apresentadas duas emendas, de autoria dos deputados Nélson Carneiro e Adhemar Ghisi, ambas fixando prazo de cinco dias para a resposta, prevaleceu o texto de substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição e Justiça, deixando ao prudente arbítrio do juiz a fixação de prazo (prazo judicial, pois).

Tenha-se em conta, preliminarmente, que o prazo de 48 horas, referido pela norma, para que o escrivão remeta ao devedor segunda via da petição ou do termo, é contado – segundo as regras gerais da teoria dos prazos – da conclusão do último ato processual imediatamente anterior. No caso, da data em que o serventuário tiver ciência do despacho do juiz, na inicial, ordenando a citação.

Fala o dispositivo em *prazo razoável* (que possibilite ao demandado a contestação) fixado pelo juiz para a realização da audiência. Dizia-se que assim devia ser, tendo em vista que o juiz conheceria, em cada caso concreto, as circunstâncias e peculiaridades, de forma a não tornar sem força qualquer prazo fatal inscrito e não cumprido, e ao tempo em que a Comissão de Constituição e Justiça procurava justificar a não-fixação do prazo com a compensação do deferimento liminar dos alimentos provisionais, recomendava, na exposição do substitutivo, que esse "prazo razoável" não deveria exceder de 90 dias. Sentia-se – é evidente – a necessidade do estabelecimento de parâmetros dentro dos quais se movessem as partes, especialmente o réu, já de si inferiorizado na relação processual, mas com direito à igualdade de tratamento no curso da ação.

Ao comentar a regra, Nélson Car-

neiro sustentara que o prazo para a contestação, na ação de alimentos, devia ser de 10 dias, "eis que nenhuma disposição legal específica existe a respeito e não seria possível entregar-se ao arbítrio do juiz a fixação em cada caso". E explicava por quê: "Na omissão da lei, que a Emenda 30, do deputado Adhemar Ghisi, tentou em vão corrigir, sempre indagar qual será o prazo legal para a contestação. A solução está no art. 27 da lei, que manda aplicar supletivamente nos processos por ela disciplinados as disposições do Código de Processo Civil. O Código conhece, ao lado do ordinário (Livro III), os processos especiais (Livro IV) e acessórios (Livro V). A ação de alimentos, antes sujeita ao rito ordinário, é hoje de rito especial. A contestação nos processos especiais não tem prazo uniforme. Assim, as ações executivas (art. 301 do CPC), as cominatórias (art. 303), as de consignação em pagamento (art. 314), por exemplo, podem ser contestadas em 10 dias. O prazo de cinco dias para contestar a ação renovatória de contrato de locação de imóveis comerciais, fixado no Decreto 24.150/34 e mantido na redação inicial do Código de Processo Civil, foi ampliado para 10 pelo Dec.-lei 4.565 (art. 354). A cominatória para pedir contas dá ao citado o prazo de cinco dias para "prestá-las ou defender-se" (art. 308). Também de cinco dias dispõem os locatários para contestar o pedido de despejo por falta de pagamento (art. 350) ou purgar a mora". E, ao insistir em que deveria ser fixado em 10 dias o prazo da contestação na ação de alimentos, concluía: "... o decêndio será contado da devolução ao juízo do AR (art. 5º, § 2º), ou da entrega pelo oficial da terceira via que serviu de mandado (art. 5º, § 3º), ou do dia seguinte ao transcurso do prazo marcado no edital (arts. 5º, § 4º, da lei e 178, § 1º, do CPC)" (A *Nova Ação de Alimentos*, Freitas Bastos, 1968, n. 59, p. 76).

Pretendia o autor gizar que o juiz, levando em conta a sistemática global do Código então vigente, nunca deveria

conceder prazo inferior ou superior a 10 dias para que o réu respondesse à ação.

Não se pode desprezar, aqui, como dado de exegese apenas, que após a entrada em vigor da Lei de Alimentos (julho/68), adveio o novo Código de Processo Civil (janeiro/73), que guardou, com aquela lei especial, alguns pontos comuns: a tentativa de conciliação do art. 448 (embora somente quando verse o litígio sobre direitos patrimoniais de caráter privado); a fixação dos pontos controvertidos ao início da instrução (art. 451), nos moldes do art. 9º da lei ("Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a contestação, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e os representantes do Ministério Público, propondo conciliação") etc. Mas, sobretudo, aumentou-se para 15 dias – ao invés de 10 – o prazo geral de resposta do réu, com o que perdeu autoridade o argumento utilizado na doutrina, segundo o qual devia o juiz atender ao contexto universal do Código de Processo Civil na fixação do prazo de contestação, para o alimentante. A prosperar o raciocínio, de 15 dias, e não de 10, deveria ser o prazo a conceder-se ao réu.

À jurisprudência se reservava, assim, a missão de preencher a lacuna, mais saliente ainda quando o juiz silencia sobre o prazo no despacho vestibular. Ou, por outra, resumindo a questão: se o juiz ordena a citação e não fixa prazo de contestação, de que tempo dispõe o réu para defender-se?

Perceba-se, no todo do Código vigente, a preocupação do legislador ao regulamentar o procedimento sumaríssimo, buscando dar-lhe o curso mais breve possível, tanto que mandava fossem realizados todos os atos processuais (desde a propositura da ação até a sentença) dentro de 90 dias (art. 281), além de assentar a audiência (que não se realizará em prazo inferior a 10 dias contados da citação) como o momento processual oportuno para a contestação ("...nela oferecendo defesa escrita ou oral...") (art. 278).

O Supremo Tribunal Federal foi

chamado a pronunciar-se, no recurso extraordinário 77.009-SP, onde o recorrente dizia violada a Lei 5.478/68, pois o juiz não fixara prazo de resposta e, em consequência, fora ferido o art. 292 do Código de Processo Civil então em vigor, andando mal o juiz que aceitara sua apresentação no dia da audiência de conciliação e julgamento. O julgamento do apelo extraordinário tocou à Segunda Turma e foi relator o ministro Bilac Pinto, realizando-se a 3 de dezembro de 1973. À unanimidade, o Tribunal não conheceu do recurso e, com apoio na Súmula 400, proclamou que o acórdão recorrido, acatando a apresentação da contestação na audiência de conciliação e julgamento, dera interpretação razoável à Lei de Alimentos.

Eis o relatório e o voto do ministro Bilac Pinto:

"Relatório – o ministro Bilac Pinto: O despacho que admitiu o recurso extraordinário traz esta redação:

'Em ação revisional de alimentos, o autor não logrou êxito em sua pretensão de ver reduzidos os alimentos que se acha obrigado a prestar aos filhos menores do casal, colocados sob a guarda materna.

O vencido agravou de petição, objetivando a reforma da sentença, mas a colenda Primeira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por votação unânime, repeliu a preliminar argüida, relativa à nulidade da sentença, por ter sido prolatada sem observância das regras processuais pertinentes à ação de alimentos, e, no mérito, negou provimento ao recurso.

Inconformado, vem o autor com o presente recurso extraordinário, arrimado no art. 119, III, a, da Constituição Federal.

Impugnado, manifestou-se a duma Procuradoria Geral de Justiça pelo seu conhecimento.

Desde a audiência de que cuida o art. 5º da Lei 5.478/68, o autor vem-se insurgindo contra o fato de o magistrado deixar, como lhe é exigido, de fixar prazo razoável para a apresentação da

contestação, por isso oferecida no dia da audiência, muito depois do decêndio previsto no art. 292 do Código de Processo Civil, e mantida nos autos, a despeito dos reclamos do autor.

Cabe observar, a respeito, que o v. acórdão de fls. registrou a existência de 'dúvida, ainda não de todo desfeita pela jurisprudência, sobre o termo inicial do prazo de que dispõe o réu para oferecer sua contestação nas ações de alimentos' (sic), razão pela qual considerou de boa técnica a manutenção da contestação.

Destarte, como requerem o art. 5º e §§ da lei citada que, ao designar a audiência, 'o juiz fixará prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital' e essa obrigação não foi cumprida, fato que resultou em discussão sobre a dúvida surgida a respeito do prazo para a defesa, está caracterizado, em tese, o cabimento do apelo extremo, convindo se manifeste, sobre a questão, o Excelso Pretório" (fls.).

"A Procuradoria Geral da República emitiu este parecer:

'O Tribunal *a quo* (fls.), confirmando a decisão inicial, declarou a improcedência da ação revisional de alimentos, na qual se pediu a redução de 1/4 para 1/6 dos vencimentos do alimentante, tendo em vista a falta de provas quanto à diminuição de renda do recorrente.

Daí o recurso extraordinário, fundado na letra *a* do permissivo constitucional, alegando-se negativa de vigência dos arts. 292 do Código de Processo Civil, 401 do Código Civil e 27, 29 e 5º, §§ 1º e 8º, da Lei 5.478/68, pois o juiz excedeu no prazo concedido para a contestação e a prova foi mal analisada.

Incensurável é a decisão *a quo*. A decisão recorrida não negou a lei federal invocada, limitando-se a uma interpretação razoável. Ora se a Lei 5.478/68 não fixa o prazo para a contestação, declarando apenas que o mesmo será razoável, a critério do juiz, apresentada a contestação antes da audiência de conciliação, nenhum prejuízo adveio para o recorrente, mesmo porque, sendo de-

cretada revelia, como ele pretende, a obrigatória intervenção do Ministério Público supriria a nulidade pretendida, como ocorreu, no interesse dos recorridos. Questão acadêmica.

A impugnação encontra obstáculo na Súmula 279. Somos pelo não-conhecimento do recurso extraordinário. (fls.).

É o relatório".

"Voto - O min. Bilac Pinto (relator): O acórdão recorrido assim decidiu a questão:

A preliminar não procede. É certo que a contestação só foi apresentada na data designada para a audiência de conciliação, quando já esgotado o decêndio legal. Disso, porém, não resultou qualquer prejuízo para o agravante, que não poderia tirar qualquer proveito de eventual revelia, pois na ação de alimentos é indispensável a intervenção do Ministério Público, em defesa dos interesses dos menores e como fiscal do exato cumprimento da lei. Além disso, a r. decisão recorrida usou de boa cautela, frente à dúvida, ainda não de todo desfeita pela jurisprudência, sobre o termo inicial do prazo de que dispõe o réu para oferecer sua contestação nas ações de alimentos".

"Quanto à preliminar, o aresto impugnado deu razoável interpretação à lei e, no que diz respeito ao mérito, pretende-se simples reexame de prova. Nos termos das Súmulas 279 e 400, não conheço do recurso".

O que se diz, aqui, da ação revisional, em termos de procedimento, vale, naturalmente, para a ação de alimentos. Daí a colação.

Em trabalho recente sobre *A Ação de Alimentos no STF*, Édson Rocha Bonfim, assessor do ministro Cordeiro Guerra, noticiou a existência em tramitação, no Congresso Nacional, de dois projetos de lei sobre o assunto: um, originário do Senado, encaminhado ao senador Accioly Filho, em 1º de dezembro de 1978, e recebeu o n. 352; o outro, de autoria do deputado Pacheco Chaves,

submetido à Comissão de Constituição e Justiça em 3 de abril de 1975, sugerindo a seguinte redação para o art. 5º, § 1º, da Lei de Alimentos: "O prazo para a contestação da ação de alimentos será de 10 dias, contados da devolução em cartório do mandado cumprido, do comprovante da entrega da notificação postal ao réu, ou data da publicação dos editais de citação". Apresenta-se como justificativa do projeto:

"A proposição resulta de trabalho elaborado pelo egrégio Conselho Director da AASP, cujas conclusões passamos a transcrever.

É realmente inconveniente, no domínio do processo, deixar-se à exclusiva discricionariedade judicial a fixação de prazos, a permitir, assim, que os procedimentos variem em cada juízo, sendo incontestável a vantagem da uniformização.

Recorde-se, aliás, que, não faz muito, a colenda 1ª Câmara Cível do egrégio TJ-SP anulou processo de alimentos por entender que 'o devedor não dispôs do tempo necessário para a elaboração de sua contrariedade ao pedido' (*in RT 410/183*), o que reforça a procedência do alegado.

Nem se alegue que a menção constante do dispositivo em exame – "... eventualidade de citação por edital..." – tivesse o condão de impedir que o prazo para a oposição fosse o de decêndio previsto no art. 292 do Código de Processo Civil. Ainda que seja necessária a citação ficta, é evidente que, nesse caso, o prazo para a defesa somente começaria a fluir após o aperfeiçoamento da mesma, ou seja, após transcorrido o lapso marcado no edital, como expressamente o estatui a regra do art. 178, § 1º, do Código de Processo Civil".

"Atualmente, o dispositivo que se pretende modificar está assim redigido:

'Art. 5º...

§ 1º. Na designação da audiência, o juiz fixará prazo razoável que possibilite ao réu a contestação da ação proposta e a eventualidade de citação por edital'.

Como se vê, o critério adotado pela lei é dúvida e atentatório à sistemática do

nosso Direito Processual. Ao arbítrio do juiz devem ser entregues os prazos de mero expediente, cuja fixação mais ou menos elástica não venha a ferir direitos das partes.

No caso da contestação, o prazo deve ser fixado em lei, e não entregar-se ao juiz a determinação do que seja 'razoável' para a defesa. A prevalecer o critério subjetivo, continuarão ocorrendo anulações de processo de alimentos, em grau de recurso, sob alegação de 'falta de tempo para a defesa'. E, muito mais grave do que isso, as partes estarão sempre sujeitas ao fantasma do aleatório, circunstância geradora de apreensões e de eventuais injustiças" (*apud* Édson Rocha Bonfim, *A ação de Alimentos no STF* Ed. RT, 1982, p. 131).

De todo esse quadro, pode tirar-se que, não sendo o prazo de contestação fixado, pelo juiz, ao despacho inicial, deve ser admitida a resposta na audiência de conciliação, antes de sua tentativa. Mas, se o fixar, não deverá o julgador conceder menos que 10 dias; este era o prazo genérico de contestação, no procedimento ordinário, quando em vigor o Código de 1939 (art. 292), e, hoje, é o prazo de interstício, no procedimento sumaríssimo, entre a citação válida e a audiência (na qual o réu oferece defesa escrita, ou oral, e produz provas).

Termo inicial

Liga-se, aí, o problema à indispensável conciliação entre o que a lei especial dispõe, a respeito, e aquelas normas do Código de Processo Civil, aplicadas subsidiariamente. É preciso, portanto, assentar em que momento, exatamente, é permitido considerar-se válida a citação na ação de alimentos.

Diz a lei que o escrivão remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência (art. 5º). E frisa, neste mesmo dispositivo, em seu § 2º: "A comunicação, que será feita mediante registro postal isento de taxas

e com AR, importa em citação, para todos os efeitos legais". "A citação do réu, mesmo no caso dos arts. 200 e 201 do Código de Processo Civil, far-se-á na forma do § 2º do art. 5º desta lei" (§ 8º).

Duas situações particulares são também ressalvadas pela lei especial: a) o réu cria embargos à realização da citação, ou não é encontrado no endereço indicado pelo autor (repete-se a diligência por intermédio de oficial de justiça, servindo de mandado a terceira via da petição ou do termo); b) inviabilizada a citação por qualquer dos modos previstos, dá-se a citação editalícia (o edital será afixado na sede do juízo, publicado três vezes consecutivas no órgão oficial do Estado, correndo a despesa por conta do vencido, a final, sendo previamente a conta juntada aos autos; esse edital deverá conter um resumo do pedido inicial, a íntegra do despacho do juiz, a data e a hora da audiência). São situações de que se ocupam os §§ 3º, 4º e 5º do art. 5º da Lei 5.478/68.

Optou-se pela citação postal, como regra geral, com fundamento em que se devia, tanto quanto possível, eliminar a participação do oficial de justiça, não só pelos inconvenientes conhecidos mas, sobretudo, em nome da celeridade processual. Mas a ele, oficial, se recorre se o réu cria embargos, ou não é encontrado, valendo, nesta hipótese, integralmente, todas as regras do Código de Processo Civil para a citação por serventuário, inclusive a citação com hora certa.

Quando a citação obedece a essa regra genérica – *pelos Correios* – faz-se com a juntada, aos autos, do AR. Pouco importa a data lançada pela Empresa de Correios no documento, ou a data em que a correspondência foi recebida, pelo destinatário ou não. O que importa é a data de juntada do AR aos autos, porque "o que não está nos autos não está no mundo". Ademais, ao dispor sobre o curso dos prazos, consagra o art. 241, V, do Código de Processo Civil que, "quando a *intimação* for por carta

postal (*conta-se o prazo*), da data da juntada aos autos do AR". E o que se diz da intimação também se diz da citação. Evidentemente que, se entre a data da juntada do AR e a da audiência não houver transcorrido o prazo deferido para a resposta, se o for, pelo juiz, impossível é a realização do ato processual, pena de nulidade, por manifesto cerceamento da defesa. Na citação postal hão de ser observadas, estritamente, as regras dos arts. 222 e 223, §§ 1º a 3º, do Código de Processo Civil.

Quando a citação se dá por *oficial de justiça*, porque o réu não foi encontrado ou criou embargos, guarda-se a disciplina normal, dos arts. 224 e 231 do Código de Processo Civil.

Quando feita por *edital*, incidem os arts. 231 e 233 do Código de Processo Civil, mas continuam em vigor as recomendações dos §§ 4º e 5º do art. 5º da Lei 5.478/68. Vale dizer, o edital há de ser publicado três vezes consecutivas no órgão oficial do Estado, contendo resumo do pedido, despacho do juiz e data/hora da audiência. Não foi o § 4º do art. 5º da lei especial revogado, em absoluto, pelo art. 232, III, do Código de Processo Civil – embora lhe seja posterior, mas é lei geral – quando prevê, para a citação válida, a publicação do chamado apenas uma vez no órgão oficial e pelo menos duas em jornal local, onde houver. Continua em vigor, repita-se, a lei especial, no particular.

Finalmente, cumpre salientar que são aplicáveis, para a citação na ação de alimentos, as regras indicadas para a prática de atos processuais por cartas, de ordem, precatória ou rogatória (arts. 201-212 do Código de Processo Civil).

Sumariando, e à base do art. 241 do Código de Processo Civil, note-se que tem início a fluência do prazo: a) quando a citação for *postal*, da data da juntada, aos autos, do AR regularmente atendido; b) quando a citação for *pessoal*, ou com *hora certa*, da data da juntada, aos autos, do mandado regularmente cumprido; c) quando a citação for *editalícia*, finda a dilação assinada pelo juiz; d)

quando a citação for por *carta* (de qualquer natureza), da data de sua juntada aos autos, após realização da diligência, regularmente.

Situações curiosas podem surgir, mas cada caso concreto há de ser objeto de apreciação, como vem ocorrendo, aliás, nas citações das diversas ações, em geral. Por exemplo, se o advogado do devedor retira os autos do cartório em dia certo e mediante carta, no dia seguinte (útil) começa a correr o prazo para a resposta, haja ou não sido devolvido o AR aos autos, ou o mandado cumprido a eles se tenha juntado, ou ainda esteja em curso a dilação, ou não tenha sido devolvida a carta. Ou, ainda, sendo revel o demandado, citado por edital ou com hora certa, o prazo começa a correr da intimação do curador especial (art. 9º, II, do Código de Processo Civil). Somentem na hipótese de comarcas contíguas e de proximidade da residência do citando das suas divisas é permitida, e em caráter excepcional, a citação por oficial fora dos limites territoriais da comarca de origem. E outras tantas situações particulares, que hão de ser, como se registrou, analisadas caso a caso.

É necessária uma última advertên-

cia em relação ao prazo de contestação quando se trate de ação cautelar de alimentos, ou seja, ação de alimentos provisionais, de que se ocupam os arts. 852 a 854 do Código de Processo Civil. Ali são guardadas as regras de procedimento cautelar (autuação em apartado, apensados os autos aos do processo principal – art. 809; prazo de cinco dias para a contestação – art. 802; termo *a quo* – juntada aos autos do mandado de citação devidamente cumprido – art. 802, parágrafo único, I; ou da execução da medida quando concedida liminarmente ou após justificação prévia – art. 802, parágrafo único, II, do CPC), afastada, assim, a incidência das normas da Lei de Alimentos.

Apesar destas advertências, nunca é demais lembrar que o aspecto formal é apenas o aspecto formal, pelo que há de ter o juiz sensibilidade bastante para superar, sempre que possível, dado à natureza especialíssima da obrigação sobre que se discute na ação de alimentos, os obstáculos de ordem processual, que não se devem sobrepor ao ângulo substancial da demanda. Intérpretes da lei, afinal, somos todos que com ela convivemos.

A VISUALIZAÇÃO DOS ACIDENTES AUTOMOBILÍSTICOS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DA COISA

NILZA REIS *

Introdução necessária

Coube-nos examinar a responsabilidade civil por atos ilícitos oriundos de acidentes automobilísticos, mas a vastidão da matéria envolvida de situações de responsabilidade *ex delictu* e *ex contractu* fez-nos optar pela primeira sob o enfoque da *responsabilidade civil pelo fato da coisa*.

Desse modo, analisamos o surgimento e evolução da construção francesa, originada na exegese renovada do art. 1.384, § 1º, do Código de Napoleão, e sua assimilação pelo sistema jurídico nacional, que não contém dispositivo similar àquele, disciplinada a matéria pelo preceito genérico do art. 159 do Código Civil.

Resultado de um fecundo esforço jurisprudencial – coadjuvado pela doutrina –, aqui e alhures, a responsabilidade civil “pelo fato da coisa” fascinou os estudiosos, fazendo com que alguns, inspirados nas idéias socializantes e humanizadoras do direito, direcionassem a questão de uma forma nem sempre consentânea com a realidade fática ou com a equidade justificadora do seu surgimento.

Constatando a crescente tendência no sentido de estender a teoria do risco criado (ou risco-proveito), aos acidentes de veículos, posição lastreada no princípio “*ubi commoda, ibi incommoda*”, não nos pareceu coerente o entendimento ou, sequer, hábil a indicar o perfeito equacionamento da responsabilidade ci-

vil moderna.

Por outro lado, as soluções aventadas oferecem o dimensionamento da relação jurídica nascida do fato lesivo, sob o exclusivo ângulo de um dos sujeitos que a integram, afastando-se, assim, a necessária bilateralidade atributiva do direito, o que não cremos viável ainda quando possível visualizar-se em um deles (a vítima) a qualidade de titular de uma pretensão considerada principal.

Outras vezes, a criação de um nexo causal artificial, fulcrado na preocupação dominante de facilitar à vítima a satisfação de seu interesse, provocou uma orientação dissociada do sistema jurídico, e do próprio instituto da responsabilidade civil.

Após enfrentarmos aquelas questões, permeando o estudo com manifestações do labor interpretativo dos nossos tribunais, evidenciamos o permanente e imperioso diálogo que o direito – comprometido com valores – mantém com o social, pugnando, afinal, pelo acolhimento da responsabilidade “*a doppio binario*” (Trimachi), considerada como um todo, eis que a teoria do risco não implica, em seu bojo, uma alternatividade, com exclusão da teoria subjetiva, razão pela qual defendemos o seu estudo sob a ótica finalística do direito porque, na verdade, a responsabilidade civil (objetiva ou subjetiva) tem um só escopo: a reparação do dano.

* Professora de Direito Civil na UFBA e UCSal.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL “PELO FATO DA COISA”

“O intérprete não cria prescrições, nem posterga as existentes; deduz a nova regra para um caso concreto, do conjunto das disposições vigentes, consentâneas com o progresso geral; e assim obedece ao conceito de *Paulo* – *non ex regula ius sumatur, sed ex jure, quod est, regula Fiat*”.

I. O direito como fenômeno social. Sua interpretação evolutiva. A responsabilidade civil pelo fato da coisa: origem, evolução e assimilação pelo sistema pático.

Ultrapassado o dogma axiomático “*in claris cessat interpretatio*” preconizado pela estreita ótica de um positivismo exacerbado, expressão de uma postura ideológica edificada desde a visualização da ordem jurídica como um conjunto de obras sancionadas pelo Estado, conseqüência de um liberalismo individualista peculiar ao sistema do “*laissez-faire et laissez-passer*”, entende-se, nos nossos dias, não ser o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras que decidem o valor de um direito, mas a sua realização objetiva na vida, a energia por meio da qual o que é conhecido e proclamado como necessário se atinge e executa.

O jurista contemporâneo, desse modo, há de pensar o direito como fenômeno histórico, social e humano, revelando-se árdua a tarefa de atender ao dinamismo da vida mediante utilização de antigos e imóveis textos legais, sem que lhe seja possível ignorar reivindicações emanadas de uma realidade subjcante, a exigir adequados instrumentos de ordenação social e efetiva justiça.

Com efeito, a engrenagem intrincada, formalista e morosa do processo de elaboração das leis, esvaziaria o sistema jurídico, não fosse a sua interpretação evolutiva que possibilita o disciplina-

mento de novas e mutáveis demandas sociais através de velhos e inalterados dispositivos que, portadores de uma natural ductilidade, são adaptáveis àquelas solicitações, sendo inegável a obra de justiça erigida pelos tribunais no desempenho de sua função específica: interpretar e aplicar as leis, importando “verificar se a norma eficaz do ponto de vista da dogmática, porque apta a produzir os efeitos para os quais foi criada, é também eficaz como realidade, funciona como pretendido, condiciona, verdadeiramente, na prática, os comportamentos sociais” (1), desafio aceito, com êxito, pela Jurisprudência, como se infere da genial criação dos juízes franceses, consubstanciada na responsabilidade civil “pelo fato da coisa”.

Assim, ante a insuficiência do princípio da responsabilidade civil por fato próprio (*fait personnel*) fundada na culpa (*faute*), aqueles magistrados, partindo do preceito genérico contido no art. 1.382 do Código de Napoleão, de 1804, fizeram ressurgir, sob uma nova ótica, o mandamento insculpido no § 1º do art. 1.384 do mesmo diploma, atendendo às exigências oriundas da Revolução Industrial que, se representou uma arrançada para o progresso e o desenvolvimento, reivindicou ao homem um alto preço, pondo em risco a sua vida e saúde, ante o permanente e íntimo contato que mantinha com a máquina.

Fulcrando-se naquele dispositivo, a enfatizar que “cada um é responsável não só pelo prejuízo que causa pelo seu próprio ato, mas também pelo que é causado pelas pessoas por quem devem responder ou *pelas coisas de que tem a guarda*, a Corte de Cassação Francesa condenou o dono de um rebocador que, ao explodir, matara um mecânico, sem admitir prova da ausência de culpa, em famosa decisão de 16 de junho de 1896, concedendo uma responsabilidade civil específica, diferenciada daquela resultante de fato próprio e oriunda da guarda da coisa.

(1) Felipe Augusto de Miranda Rosa, *A ideologia e o conceito do justo*, Temas atuais de Direito brasileiro, s. 2, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade de Direito, p. 123.

Em tese de doutorado defendida perante a Universidade de Paris, Kamaledin demonstrou a diferença existente entre aquelas responsabilidades, elucidando que

"la victime d'un dommage causé par une chose inanimée obtiendra dorénavant une indemnité en établissant simplement l'existence d'un rapport de causalité entre cette chose et le dommage" (2).

A partir daquela construção, uma presunção de culpa começou a pesar sobre o autor do dano, pelas coisas que "l'on a sous sa garde", cabendo-lhe o ônus de, mediante robusta prova, destruí-la.

Conferindo nova feição à teoria da responsabilidade civil, a criação jurisprudencial importou "em afirmar que o homem é legalmente obrigado à guarda das coisas, de molde a ter o controle absoluto das mesmas, impedindo que escapem a este poder absoluto e vão causar dano a outrem" (3) e, exorbitando os seus primitivos limites, manifestou significativa aplicabilidade às questões referentes aos acidentes automobilísticos.

Conforme dilucida o magistrado mineiro William Romualdo da Silva, "criado para o conforto e a felicidade do homem – o automóvel –, pede caro pelo seu serviço, transformando-se em algoz implacável, tal a freqüência dos funestos e dolorosos acidentes que provocam, quase sempre esmagando, mutilando, matando" (4), e o homem da era tecnológica, acreditando que o sucesso é de quem chega primeiro, faz crescer o número dos acidentes, fascinado pela velocidade, fenômeno que desafia diferentes áreas do saber, na busca de uma solução, nem sempre fácil, imediata ou satisfatória.

(2) Kamaledin, "Du critérium de distinction du fait personnel et du fait des choses inanimées", in *Temas da Responsabilidade Civil*, Mário Moacyr Porto, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 189.

(3) Alvino Lima, *Culpa e risco*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1960, n. 19, p. 87.

(4) in *Da responsabilidade civil automobilística*, Wilson Melo da Silva, 5. ed., Editora Saraiva, p. 3.

(5) in Ulderico Pires dos Santos, *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*, Ed. Forense, 1984, p. 499.

Sob o ângulo jurídico, conquanto inexista dispositivo legal específico a disciplinar a responsabilidade pelo fato da coisa, o sistema pátrio acolheu o entendimento revelado pela doutrina e jurisprudência francesas, como evidencia decisão do Pretório exequo, no recurso extraordinário 67.313, da 1^a Turma, sendo relator o ministro Aliomar Baleiro, cuja ementa transcrevemos:

"1. O dever de indenizar consagrado pelo art. 159 do Código Civil não se limita ao dolo ou culpa grave, mas abrange todo ato ilícito, por ação ou omissão, desde que cause dano. 2. Não repugna ao nosso direito a construção doutrinária da responsabilidade dos danos causados pelas coisas inanimadas, elaborada à base do art. 1.384, parágrafo 1º, do Código de Napoleão, em face dos riscos causados por máquinas e motores, ou por veículos motorizados" (5).

Foi possível, à vista dos preceitos contidos nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei 4.567/42), assimilar a orientação alienígena acerca da responsabilidade pelo fato da coisa, adequando-a à disposição genérica, do art. 159 do Código Civil (art. 187, do anteprojeto do prof. Miguel Reale), fundamento maior, no ordenamento jurídico nacional, da responsabilidade aquiliana ou extracontratual, a fixar, *in verbis*:

"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Consagrando a teoria da responsabilidade subjetiva, a exigir, para sua

configuração, *elementos objetivos* (fato lesivo, *eventus damni* e nexo causal, e *subjetivos* (culpa), deste somente prescindiu em caráter excepcional, como demonstram alguns dispositivos inseridos no próprio Código Civil e legislações especiais (leis de transportes ferroviários, de acidentes do trabalho, Código do Ar, de Minas, do Consumidor, etc.), para admitir a teoria do risco-criado ou objetiva que, abstraindo a investigação do elemento subjetivo, indaga quem (ou o que) deu causa à situação de perigo de cuja conjuntura resultou o perigo, e não mais quem foi o culpado.

Malgrado a excepcionalidade da responsabilidade objetiva em nosso sistema, constata-se crescente e significativa tendência - doutrinária e jurisprudencial - , no sentido de ver substituída a culpa pela idéia do risco, solução nem sempre adequada, porque, como bem acentuou Starck, "a reparação dos danos que a atividade dos homens causa aos outros homens constitui o problema central do direito contemporâneo". Ora, o direito é fato e, como tal, renova-se a cada dia, em um processo de multiplicidade e criação, que desafia a argúcia do jurista e dá ensanchas à notória crise do direito, sendo impossível reduzir-se a multifária conduta do homem a tipos legais exaustivos.

A errônea compreensão do fenômeno permitiu, muitas vezes, a aplicação distorcida e ilógica da responsabilidade civil pelo fato da coisa, orientando-se os intérpretes por uma exclusiva preocupação de impedir o anonimato da obrigação resarcitória e assegurar às vítimas de atos ilícitos uma reparação calcada em exacerbado protecionismo, alheios à realidade dos fatos, o que, no nosso ponto de vista, dissocia-se, por completo, dos princípios de equidade, justificadores do surgimento daquela responsabilidade.

Assim, durante certo lapso de tempo, utilizou-se uma causalidade revelada, simplesmente, pelo binômio "coisa versus dano" para impor a um sujeito de

direito a obrigação de ressarcir danos causados, por intermédio de uma coisa sobre a qual não exercia o *jus proprietatis*, ignorando-se que a mesma "não tem vida, pois sua força interna é criação do homem" (6) e, por si só, é incapaz de causar prejuízo.

Autores de nomeada (Besson, Mazeaud et Mazeaud, Aguiar Dias) entendiam que o dever de guarda ou a responsabilidade pela guarda da coisa ligava-se, obrigatoriamente, ao direito real de propriedade, e não à coisa que era seu objeto, raciocínio que conduziu doutrinadores e aplicadores da lei a absurdas e incongruentes direções, conceituando-se a guarda, então, como "um poder jurídico", do que resultou, por exemplo, o reconhecimento da responsabilidade do titular do domínio sobre um veículo automotor, pelos danos causados a terceiro através de um bem envolvido em seu patrimônio, mas subtraído, indevidamente, da sua esfera de controle, sem que nenhuma participação tivesse na efetivação do fato lesivo.

A injustiça de certas situações orientou estudiosos (Lalou, Planiol, Ripert, Savatier, Pirson, Tunc) à conclusão de que a guarda traduz "um poder de comando", de direção, em síntese, *um poder de fato* sobre a coisa, geralmente assegurado ao seu proprietário como meio de exteriorização de direitos dominiais, mas passível de perda por ato ilícito ou ilícito.

Afigura-se-nos relevante, no particular, a lição oferecida pelos irmãos Mazeaud, a evidenciar que "o guardião da coisa assume uma *obrigação de resultado*, isto é, obriga-se não apenas a guardar a coisa, mas guardá-la de modo que jamais escape ao seu controle e, em consequência, ocasione um dano a terceiro", concluindo que a sua responsabilidade resultará de uma *falta na guarda*, ou seja, *un manquement da obrigação de não prejudicar neminem laedare*), o que demonstra, mais uma vez, a inadequação do método interpretativo consistente em mero processo de sub-

(6) Ripert, citado por Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 452.

sunção de um fato aos ditames de uma norma jurídica, postergando-se a certeza de que, enquanto norma, é real, mas, em essência, é ideal (7), para conferir a certas situações da vida um disciplinamento mas consentâneo com a realidade.

Atentos àquela certeza e acolhendo a conceituação do guardião como "aquele que possui, em determinado instante, com relação a determinada coisa, o poder de direção e de controle sobre essa mesma coisa" (Bonnecase), os juízes franceses decidiram:

"O proprietário de um automóvel que é desapossado em razão de um roubo, acha-se impossibilitado de exercer sobre o veículo qualquer vigilância; por conseguinte, privado do uso, da direção e controle do veículo, ele não tem mais a guarda e, em caso de acidente, não mais se encontra submetido à presunção de responsabilidade editada no art. 1.384, parágrafo 1º, do CC" (Câmaras Reunidas da Corte de Cassação, Paris, 1941).

O decisório ratificou orientação prevalente e exposta por autores de grande e merecido prestígio (Lalou, Planiol, Esmein, Savatier, Ripert), pacificando a questão concernente à guarda e tornando responsável pelos danos causados a terceiros, não o proprietário da coisa, mas o autor de sua subtração, vacilando a jurisprudência, apenas, quando resta evidenciado haver aquele facilitado a atuação do último, v. g. abandonando o veículo em local inseguro, esquecendo as chaves no painel frontal, deixando destravadas as portas do veículo, etc., o que demonstra a negligência do proprietário no exercício dos deveres de vigilância, fiscalização e guarda, passando a hipótese à esfera da tradicional teoria da culpa ou responsabilidade pelo fato do homem.

Na Itália, não é diverso o entendimento, porque, embora o art. 2.054 do Código Civil fixe, em termos gerais, uma solidariedade entre o proprietário

do veículo e o seu condutor, e a Suprema Corte interprete que o fato do roubo, por si só, denuncia a não-participação daquele no evento danoso, somente mediante incontestável prova de que a circulação do veículo ocorreu "*contro la sua vontà*", afasta a garantia assegurada à vítima através daquela solidariedade, isentando-o do dever de indenizar.

Do labor interpretativo dos nossos tribunais, infere-se a assimilação, com as variações exigidas pelo sistema jurídico nacional, das posições alienígenas acerca da responsabilidade civil resultante da guarda da coisa, parecendo-nos correto afirmar que, em muitas oportunidades, a equivocada compreensão da construção engendrada pelos franceses transmudou seus preceitos em instrumento demasiadamente cruel para aqueles que, em virtude do desvio interpretativo, foram compelidos a cumprir uma obrigação de indenizar, submetidos, sem sombra de dúvida, a uma sanção civil, é certo, mas sanção, somente imposta "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem", sabendo-se que, apenas em casos especiais, o sistema pátrio disciplina a responsabilidade civil sob a ótica do risco, ou mediante presunções — *juris tantum* — de culpabilidade.

II. Inadequada aplicação da responsabilidade civil pelo fato da coisa aos acidentes automobilísticos. Consequências.

Não estando a hipótese de responsabilidade civil pelo fato da coisa submetida, em nosso sistema, à disciplina específica, como ocorre alhures, encontra fundamento no art. 159 do Código Civil, ordinatório — em termos gerais — dos atos ilícitos oriundos de acidentes automobilísticos.

Desse modo, impossível alijar-se a conduta do agente, para o reconhecimento

(7) Celso Antonio Bandeira de Melo, "Metodologia do Direito Administrativo", in Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v.1, p. 21.

mento de uma obrigação resarcitória que lhe é imposta. Se a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano creditada ao sujeito passivo da relação jurídica que, em decorrência do fato, se formou, e sua configuração exibe "um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra" (8), impondo àquela uma sujeição específica consistente no dever de indenizar, entende-se que a mencionada sujeição somente pode surgir se o preceito legal for ação - e o será pelo fato -, nas condições previstas pela norma, concluindo-se, forçosamente, ante os termos do art. 159 do Código Civil, ser impossível a abstração da conduta humana, ainda quando se pretenda o reconhecimento de uma responsabilidade pelo fato da coisa - e é o caso do automóvel -, mostrando-se inviável a identificação do elemento subjetivo (culpa) envolvido na norma, com o nexo causal (Saileilles) ou com a própria lesão (Leclercq).

Servindo-se o nosso sistema das lições dos grandes mestres para o acolhimento da denominada teoria da responsabilidade pelo fato da coisa, com as necessárias adaptações, nem sempre foram coerentes as posições manifestadas pelos tribunais que, em muitos momentos, revelaram uma aplicação assistemática daqueles ensinamentos, orientando-se, fortemente, pela preocupação de facilitar à vítima do acidente o resarcimento do prejuízo que sofrera, desconsiderando a conduta do outro sujeito da relação obrigacional (o sujeito passivo ou obrigado), absorvendo, ao que nos parece, muito mais a idéia de "justiça caridosa" referida por Rodi're, que os princípios preconizados pela teoria aplicada, direcionando a responsabilidade civil pelos danos causados por veículos automotores para o seu proprietário, assim qualificado aquele em cujo nome estivesse o Certificado de Registro do Veículo - na

ocasião do evento danoso -, na repartição administrativa competente (Detran), e/ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, decidindo:

"Responsabilidade do proprietário do veículo causador do desastre, ainda que tenha vendido a terceiro, mas sem registrar o contrato.

O proprietário do veículo causador do acidente deve responder pelos danos decorrentes do acidente ainda quando já tenha transferido o carro para terceiro e não tenha formalizado essa transferência com a transcrição do contrato particular de venda no registro competente" (9).

"Em acidente de veículos, presume-se responsável a pessoa que figura como proprietário na repartição competente, não bastando para elidi-la simples recibo de compra e venda não registrado" (10).

O entendimento generalizou-se com o advento da Súmula 489 do Supremo Tribunal Federal, a dilucidar:

"A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé, se o contrato não foi transscrito no Registro de Títulos e Documentos."

Ignorando-se os julgados que deram origem àquele enunciado, os tribunais efetivaram sua aplicação a determinadas situações fáticas, que jamais poderiam ser por ele orientadas e o exame das decisões geradoras da Súmula, cujas ementas transcrevemos, evidencia a assertiva:

"A transcrição no Registro de Títulos e Documentos do contrato de compra e venda de automóvel, além de torná-lo oponível a terceiro, vale contra o alienante, como tradição, e habilita o comprador, emprestando-lhe legitimidade de imissão de posse" (rec. extraord. 51.952, in RTJ 34/88).

(8) in Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 18.

(9) in RT 439/222

(10) in ADCOAS, 1978, p. 726.

"Se o contrato não foi transcrita no Registro de Títulos e Documentos não é oponível contra terceiros (art. 1º do Decreto-lei 1.027, de 02.01.39, e art. 136, parágrafos 5º e 7º, do Decreto 4.857, de 09.11.39)" (rec. extraord. 64.291, *in RTJ* 45/278).

"Não viola o art. 9º, inciso III, da Constituição de 1946 a decisão que, apreciando provas, considerou destituído de domínio quem adquiriu um carro e o matriculou na repartição estadual do trânsito, embora tal veículo estivesse sob cláusula de reserva de domínio transcrita no Registro Público do domicílio do comprador, que o revendeu sem saldar a dívida" (rec. extraord. 66.338, *in DJU*, de 16.05.69).

A leitura das ementas citadas revela que as hipóteses examinadas e que fizeram surgir o entendimento sumulado, vincularam-se ao instituto da *alienação fiduciária em garantia*, versando as duas primeiras sobre posse, e a última, não conhecida, interposta por quem adquiriu um veículo de alguém que o comprara com reserva de domínio transcrita no Registro Público do domicílio do comprador, que o revendeu sem saldar a dívida, conforme esclarecem as decisões em sua íntegra, totalmente afastadas de qualquer evento danoso resultante de acidente de veículo, o que, todavia, não obstruiu a imposição de uma obrigação resarcitória fulcrada naquela súmula!

Percebendo o equívoco e o absurdo que a orientação traduzia, impondo uma responsabilidade decorrente, apenas, da inserção de um contrato no Registro de Títulos e Documentos ou em livro de repartição administrativa, criando-se, inclusive, modo inovador de aquisição de bens móveis afastados da letra da lei – Código Civil –, os tribunais adotaram posição realista, legítima e justa, estabelecendo:

"O registro do veículo nas re-

partições do Departamento de Trânsito não é suficiente para responsabilizar aquele que ali figura como proprietário, posto que o domínio pode ser transferido pela simples tradição, o que pode ser provado independentemente de tal registro" (2ª Câm. Cív. do TÁ-MG, ap. 25.664, v. un. em 10.08.84, rel.-juiz Guido de Andrade) (11).

"Ilegitimidade passiva do anterior proprietário, mesmo continuando como tal no registro da repartição de trânsito, que apenas estabelece presunção de propriedade, elidível com a prova da venda a terceiros, acompanhada de tradição. Inocorrência de ofensa à Súmula 489 (1ª T. do STF, rec. extraord. 102.119, SP, v. un. em 18.12.84, rel.-min. Sydney Sanches) (12).

Conforme restou demonstrado, dissociou-se a responsabilidade civil, entre nós, do contexto em que se insere para, na busca de assegurar a exclusiva satisfação à vítima do ato ilícito, afastar-se o elemento que, durante muito tempo, representou o nó górdio do tema, isto é, o nexo causal.

III. Da imprescindível configuração do nexo causal e da polaridade dos sujeitos da relação jurídica.

Concebido como a relação de causa e efeito entre uma consequência e o evento que permite o exercício da faculdade de exigir a reparação, ou o cumprimento do dever inspirado na norma jurídica, o nexo causal é imprescindível à imposição da obrigação resarcitória, revelando-se insustentável o critério mediante o qual a configuração do ato ilícito resulta da simples soma de um fato lesivo e o prejuízo que dele advém, "não bastando que um dano tenha coincidido com a existência de uma culpa ou de um risco, porque coincidên-

(11) *JRAMJ*, 20/224

(12) *in RTJ* 113/850

cia não é causalidade" (13). Sem o necessário elo não haverá ato ilícito e, por via de consequência, inexistirá a responsabilidade justificadora do dever de indenizar, como ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima.

Importa, então, indagar: — quando se deve considerar que a ação ou omissão de uma pessoa é, realmente, a causa de um dano?

Se a resposta à pergunta revelou, há um século, uma *vexata quaestio*, na atualidade, após o surgimento da teoria da *equivalência das condições* (Von Buri) que desfrutou de grande prestígio entre os d.d., e outras (teorias da causa próxima e da causa eficiente), parece pacificada a questão, ante a construção francesa, inspirada na criação do filósofo alemão Von Kries, consubstanciada na teoria da *causa adequada*, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes. Só o são, é certo, em concreto, ou seja, considerando-se o caso particular porque, se o fato de determinado agente é inócuo para a produção do dano, não pode ele, decerto, arcar com prejuízo algum. O que se deve apurar é quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influiu para a lesão. A apuração, é evidente, exigirá a elaboração de um juízo de probabilidades ou previsibilidades das consequências, formulado pelo intérprete e aplicador do direito, utilizando-se de um processo retrospectivo cujo marco inicial será o momento da ação ou omissão do agente, tomando-se como padrão o homem médio e prudente, para estabelecer a responsabilidade de quem interveio com a causa adequada para o dano.

Necessário enfatizar que, algumas vezes, ante as presunções fixadas em nosso ordenamento e que têm sua maior vantagem na inversão do ônus da prova, pode-se indagar, na determinação do nexo causal, qual das culpas foi adequada para a verificação do dano.

Assim, se uma pessoa entrega um veículo de sua propriedade a determinado estacionamento e sobre o mesmo ruir a parede do prédio vizinho, tipificadas as hipóteses dos arts. 1.521, III, e 1.528 do Código Civil, parece-nos que o proprietário do imóvel em ruínas deverá responder pelos danos causados por fato estranho, ao regular funcionamento do estabelecimento, ressalvada a existência de peculiaridades fáticas capazes de possibilitar o enquadramento da situação na previsão contida no art. 1.518, do mesmo diploma, a impor uma solidariedade entre o responsável pelo estacionamento e o proprietário do prédio em ruínas.

Algumas vezes e ainda que inexista presunção legal de culpa, aquela indagação pode se tornar imperiosa. Se, *verbi gratia*, é possível reconhecer-se que a diminuição da marcha de um veículo teria evitado um acidente, não haverá concorrência de culpa. *In casu*, ela é exclusiva do condutor mas diversa será a situação, se a vítima se lança inesperadamente à frente do veículo, mostrando-se irrelevante o mau estado dos freios ou a velocidade. A culpa da vítima, isto é, seu gesto impensado e imprevisível, segundo um critério normal de probabilidade, revela a *causa adequada* para o acidente.

O nexo causal, aliado ao fato, ao dano e à culpa (elemento subjetivo), caracteriza a responsabilidade civil tradicional, acolhida como regra geral, pelo sistema pátrio. Abstraindo-se o último elemento, localizaremos a denominada responsabilidade *objetiva* a abranger a idéia do risco. Esse posicionamento, como se sabe, repousa sobre a conceção econômica de proveito e surgiu com o objetivo de afastar o infortúnio do trabalho da responsabilidade civil comum, facilitando-se a posição do empregado. Trilhou, desde a tentativa de sua criação até os nossos dias, um longo caminho, que a seguir examinaremos.

(13) Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 83.

IV. Incidência de teoria do risco nos acidentes automobilísticos. Visualização da responsabilidade civil como instituto jurídico integral.

Foi também no direito francês que a questão da infortunística identificou melhor elaboração doutrinária e jurisprudencial ao longo de sua história, surgindo da concepção de que todas as eventualidades resultantes do risco do trabalho – específico, portanto –, deveriam ser indenizados sem qualquer indagação acerca do elemento subjetivo da clássica teoria da responsabilidade civil, disciplinadora da matéria.

Inicialmente, o problema foi deslocado daquela responsabilidade (aquia-
lina) para a contratual (Souset e Saincte-
lette), presumindo-se a culpa do empregador, orientação que enfrentou sérias e consistentes resistências, sendo impossível divisar, nos padrões clássicos do direito privado, o dever de segurança do empregado como uma obrigação assumida pelo empregador, nos termos do contrato de trabalho. Posteriormente, imaginou-se imitar a solução imposta aos responsáveis por construções e acessórios, nos domínios dos direitos de vizinhança, sem êxito, engendrando-se, então, a responsabilidade civil pelo fato da coisa (art. 1.384, § 1º, do Código de Napoleão), conforme dilucidado anteriormente, construção que encontrou seus maiores defensores em Josserand e Sailleilles. Este, tentando justificá-la e ao examinar a legislação de infortunística vigente em sua época, em França, esclareceu as razões pelas quais se impunha ao empregador as más probabilidades da atividade que desenvolvia, seus riscos e os da profissão, entendendo que “o indivíduo que agrupa ao seu redor outras atividades, que se cerca de operários e de máquinas, cria um organismo cujo funcionamento não segue sem atritos e pode causar prejuízo. Esses prejuízos – como informa –, inevitáveis, que constituem os perigos inerentes à empresa, que não tem outra causa que o

desenvolvimento numa direção lícita da atividade humana, constituem, precisamente no seu conjunto, o risco profissional”, questionando afinal: “Quem, portanto, suportará este risco senão aquele em cujo interesse funciona o organismo que ele criou?” (14).

Ora, como se sabe, a evolução do direito francês na esfera da infortunística passou, a partir de 1943, à órbita da teoria do risco social, como de resto ocorreu nos demais países, restando-nos a essa altura indagar se aqueles princípios podem ser ajustados às hipóteses de acidentes automobilísticos.

Parece-nos absurda a equiparação de um veículo automotor, utilizado pelo seu proprietário, sem qualquer finalidade lucrativa, a uma empresa, porque não é qualquer risco que permite a abstração do elemento subjetivo (culpa), para a aferição da responsabilidade civil a impor, quando caracterizada, uma obrigação resarcitória que traduz uma sanção, ontologicamente igual àquela aplicável na esfera penal, o que parece justificar a resistência do legislador pátrio à adoção, sem reservas, da teoria objetiva aos ilícitos decorrentes de acidentes automobilísticos, entendendo-se que a responsabilidade civil pelo fato da coisa traduz, em última análise, um fato do homem, sugerindo o mestre Orlando Gomes a utilização da expressão “responsabilidade por infração do dever de guarda”, em substituição àquela já consagrada (15).

Mostra-se relevante a assimilação no sistema nacional da responsabilidade civil “pelo fato da coisa”, resultado de ingente esforço – doutrinário e jurisprudencial –, ante a necessária adequação de seus princípios ao ordenamento jurídico, no qual exibiu a imensa conveniência manifestada na atenuação do encargo probatório, afastando a parêmnia “*actori incumbit probatio*” nas demandas relativas a acidentes de veículo, facilitando à vítima a busca de sua satisfação, cabendo ao autor da lesão provar que não atuou culposamente – por ação

(14) in A. F. Cesarino Júnior, *Seguro-acidente do trabalho. Direito social*, n. 235, p. 484.

(15) Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 357.

ou omissão —, no exercício do dever de guarda da coisa, caso não pretenda ver reconhecida uma obrigação de indenizar que a lei impõe.

Ainda quando os tribunais não possuam uma única linha de sistematização para o problema dos acidentes automobilísticos, o que nos parece lógico, em razão da própria dinâmica da vida e, consequentemente, do direito, a jurisprudência demonstra a atuação equilibrada de muitos julgadores que, sopesando as situações *sub judice*, atuam com arbítrio *bone viris* e, segundo um critério de normalidade (Rossi), cientes de que nem sempre é possível ao homem comum (ou incomum) obstaculizar a prática de um ato ilícito, tornando-se no bojo da avassaladora violência dos grandes centros urbanos a grande vítima que, muitas vezes, além de uma perda patrimonial, vê-se compelida a vivenciar — e até participar — daquela prática, embora a repudie, como denunciam os noticiários.

Atentos à realidade social, decidem os tribunais:

“Os veículos motorizados não são capazes de fato e, por si só, não provocam danos a terceiros, sendo todos eles, como acidente, consequência da falta de vigilância ou de imprudência de alguém, não sendo adotada entre nós a teoria da responsabilidade objetiva para decidir

questões decorrentes de acidentes de veículo, cumpre recorrer à regra geral do art. 159 do Código Civil, que somente outorga a ação de indenização de dano causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (TACFv-RS, ap. 86.342, 2^a Câm. Cív. 12.04.89, rel.-juiz Marlan Marinho, in *COAD* — Jurisprudência, 1989, p.568, verbete 43.666).

Desse modo, a construção francesa relativa à responsabilidade civil “pelo fato da coisa” revela uma solução para inúmeros problemas, mas, isolada, em franca dissociação do sistema que integra, torna-se incapaz de disciplinar, de forma unívoca, a heterogênea atuação humana, devendo o jurista atentar para a magistral lição de Louis Josserand (*Evolutions et Actualités*, Paris, 1936), a estabelecer que “*la responsabilité moderne comporte deux pôles, le pôle objectif, où régne le risque créé, et le pôle subjectif où triomphe la faute; et autour de ces deux pôles que tourne la vaste théorie de la responsabilité*”, inexistindo fundamento para que a responsabilidade civil objetiva exclua a subjetiva, ou esta aquela, porque, “a rigor, se completam e terão (ao menos durante algum tempo) que conviver uma ao lado da outra” (16) com uma só finalidade, que é a reparação do dano.

(16) Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 15.

BIBLIOGRAFIA

- (1) AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987. v. 1 e 2.
- (2) BARBOSA, Manoel Messias. *Delitos do automóvel e prática processual à luz da jurisprudência.* Ed. Universitária de Direito, 1983.
- (3) BUSSADA, Wilson. *Acidentes de trânsito.* 3. ed. Ed. Javali Ltda, 1987.
- (4) CESARINO JÚNIOR, A.F. *Seguro-acidentes do trabalho. Direito Social.* São Paulo, Ed. Ltr., 1980.
- (5) DANTAS, San Thiago. *Programa de Direito Civil.* Edição histórica. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1978. v.2.
- (6) DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil.* São Paulo, Saraiva, 1982. v. 1.
- (7) GOMES, Orlando. *Obrigações.* 2.ed. São Paulo, Forense, 1968.
- (8) GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- (9) MARMITT, Arnaldo. *A responsabilidade civil nos acidentes de automóvel. Teoria, prática e jurisprudência.* AIDE Ed., 1986.
- (10) MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- (11) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- (12) RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito.* 3. ed. rev. e ampliada. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1988.
- (13) ROSAS, Roberto. *Direito sunular.* 4. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1989.
- (14) SANTOS, Ulderico Pires dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência.* 2. ed. São Paulo, Forense, 1984.
- (15) SILVA, Ivan de Hugo. *Da responsabilidade civil automobilística.* 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1987.
- (16) SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística.* São Paulo, Saraiva, 1986.
- (17) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil comum.* São Paulo, Saraiva, 1987.

DENÚNCIA VAZIA, UM ANACRONISMO JURÍDICO

EDUARDO SILVA COSTA *

O aspecto da legislação

O Dec.-lei 4, de 7 de fevereiro de 1966, extremara as locações para fins comerciais ou industriais das locações não-residenciais, para indicar o tratamento legal próprio destas no tocante às possibilidades de ações de despejo. Dispunha assim o seu art. 1º:

“As locações para fins não-residenciais serão regidas pelo Código Civil ou pelo Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, conforme o caso...”

E o art. 4º, em que se enumeravam tais possibilidades, enunciava no primeiro inciso:

“Nas locações para fins não-residenciais, excluídas do regime do Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, caberá ação de despejo:

I – findo o prazo contratual (Código Civil, art. 1.194)”.

Estava, desse modo, explicitada legalmente a possibilidade de o proprietário de imóvel locado para fins não-residenciais, por contrato não disciplinado pelo Dec.-lei 24.150, retomá-lo a seu talante, findo o prazo da locação.

Em 16 de maio de 1979 entrou em vigor a Lei 6.649, reguladora da locação predial urbana. No art. 59 desta lei estabeleceu-se a revogação de várias leis atinentes à matéria de locação, o Dec.-lei 4, inclusive. É na citada lei que se depara o art. 5º com o seguinte enunciado:

“O contrato por tempo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independen-

temente de notificação ou aviso.

Parágrafo único – Findo o prazo contratual, presumir-se-á prorrogada a locação, nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado”.

É este dispositivo que se constituiu em fonte do direito dos proprietários de imóveis locados para fins não-residenciais, nos pedidos de retomada. Nele é que se erigiu o fundamento de uma miríade de decisões judiciais concessivas do despejo de locatários não protegidos pela chamada Lei de Luvas. E é consoante tais decisões que se tem a presença aí da figura da denúncia vazia.

O aspecto da construção jurisprudencial

Em decisão recente, o Tribunal de Justiça da Bahia afirmou:

“Na locação não-residencial por prazo indeterminado, regida pela Lei 6.649, precedida de notificação, é admissível a retomada nos termos do seu art. 5º, combinado com os arts. 1.194 e 1.209 do Código Civil, posto que, em casos tais, a rescisão da locação fica na dependência exclusiva da vontade do locador, sendo irrelevante qualquer defesa oposta ao mérito da controvérsia” (ac. da 4ª Câmara Cível, de 14 de junho de 1989, *in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 73, p. 92).

Pode-se considerar este acórdão como paradigma da jurisprudência sobre

* Advogado.

a denúncia vazia, visto que nele se proclama a soberania da vontade do locador no desate da relação locatícia – “a rescisão da locação fica na dependência exclusiva da vontade do locador” – e se põe como inane qualquer contrariedade do locatário – “sendo irrelevante qualquer defesa oposta ao mérito da controvérsia”. Ressaltam-se, pois, o arbítrio da vontade de uma das partes – o locador e, por consequência, a absoluta desvalia, a subalternidade da outra parte – o locatário.

A exemplo desta, inúmeras outras decisões de nossos tribunais asseguram ao locador a retomada do imóvel, quando a locação não está sob o abrigo do Dec.-lei 24.150, sem qualquer fundamento, sem nenhuma explicitação de motivo. Se se escolheu o acórdão do Tribunal da Bahia como paradigma, é porque na sua formulação se enfatiza um dogma – o arbítrio da vontade, ao mesmo tempo que encerra um antiprincípio, se se pode dizer assim, de processo. A reintrodução de um dogma na estrutura do Direito, por via judiciária, importa em subtrair deste o seu caráter de científicidade. Principalmente, se o dogma é o do arbítrio da vontade, afirme-se este individualmente ou coletivamente. E o antiprincípio de processo se identifica no acórdão na afirmação de ser irrelevante “qualquer defesa” apresentada pelo locatário nesses tipos de ação. Se se exclui a possibilidade de “qualquer defesa”, está-se em verdade cometendo um cerceio num direito processual de validade universal, ou ainda está-se atentando contra um postulado fundamental da teoria do processo, que é o contraditório.

É certo que a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia faz parte de um concerto de decisões, sem discrepancia, em torno da matéria. O que se pode notar dentro desse concerto é um *dictum* a infletir um pouco a linha da certeza da denúncia vazia, como ilustra a ementa seguinte:

“O direito do senhorio à resolução unilateral do vínculo não se tisna de qualquer dúvida, nem se-

quer daquela fundada na superveniência de lei nova – Lei 6.649, de 1969 –, que teria extinto a denúncia vazia, quando se trata de locação não-residencial” – (1º TA-RJ, 6ª Câmara Cível, de 27.05.80, *ADCOAS* 1980).

“Vontade unilateral”, “simples conveniência” são expressões que separam nos acórdãos, todos eles afirmadores do poder de proprietário de retomar o imóvel locado para fins não-residenciais. Haverá, porém, na lei das locações, apoio para tal consenso? E, mesmo havendo esse apoio, a lei não estaria inquinada de enorme injustiça, a exigir que se modifique ela?

O sentido da lei de locação predial

A Lei 6.649, de 16 de maio de 1979, que regula a locação predial urbana, ressalva de sua incidência apenas as locações para fins comerciais ou industriais, consoante o fixado no § 2º do art. 1º:

“As locações para fins comerciais ou industriais continuam regidas pelo Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934”.

Mas, essa lei mesma traz para o seu comando as locações regidas em princípio pelo Dec.-lei 24.150, quando não se dá a propositura da ação renovatória. É o que estabelece o § 3º do citado art. 1º:

“Não proposta a ação renovatória do contrato, prevista no Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, sujeita-se a locação ao regime instituído nesta lei”.

Patenteia-se daí que a Lei 6.649 comporta no seu âmbito a generalidade das locações prediais urbanas, excetuadas apenas aquelas que têm no Dec.-lei 24.150 a sua disciplina e que, no entanto, passam a regular-se pela primeira nas situações de não-ajuizamento da renovatória. No ordenamento jurídico é a lei em causa, pois, que enfeixa todas as locações residenciais e não-residenciais, como são conhecidas as subtraídas ao regime do Dec.-lei 24.150.

Emergiu a Lei 6.649 no mundo ju-

rídico como um complexo destinado a conformar as locações de um modo a que se limitassem as hipóteses de rescisão do contrato locatício. Em relação às locações residenciais existem no capítulo II as disposições especiais, nas quais se estabeleceram no art. 51 dez incisos de possibilidade de retomada do imóvel. Não existe, todavia, a respeito das locações não-residenciais regramento nesse particular. Talvez por isso passou-se a considerar como dispositivo a incidir nas relações locatícias não-residenciais o do art. 5º e seu parágrafo único, antes transscrito.

Haverá, porém, congruência entre tal entendimento, que se constituiu em base da construção jurisprudencial da denúncia vazia, e a estrutura configurada pela Lei 6.649, a sua lógica normativa? Se esta lei foi emanada da necessidade de demarcarem-se as possibilidades de retomada de prédios, poderá admitir-se que ela comporte um tratamento radicalmente contraposto ao sistema nela instituído? Seria razoável que dentro de um ordenamento destinado a reger as relações entre locador e locatário, não havendo disposições expressas em sentido diverso da diretriz de tal ordenamento, se pudesse normatizar de modo contrário essa diretriz?

A diretriz a que obedece a Lei 6.649 é a de dar por prorrogados por tempo indeterminado os contratos locatícios, os quais só poderão ser rescindidos consoante os casos na mesma lei, pré-fixados. Considerando que os casos alinhados no art. 52 estão relacionados com as locações para fins residenciais, e por não haver disposições expressas atinentes às locações não-residenciais, nem por isso é dado construir toda uma jurisprudência sobre um alicerce que não existe, isto é, um preceito reproduzido do Código Civil: o art. 5º da Lei 6.649 é um transunto do art. 1.194 do Código Civil.

Ora, o sentido da lei da locação predial urbana é restritivo do poder do locador-proprietário, sentido que se introduziu na legislação brasileira com a Lei 1.300, de 1950, e só deixou de ter

vigência com a insólita denúncia vazia, emanada da ditadura de 1964 e que ainda no domínio desta foi revogada. É certo que a Lei 1.300, como os diplomas legais subsequentes com sentido idêntico, tiveram como objeto as locações residenciais, por serem estas a prioridade nos cuidados do legislador, como não podia deixar de ocorrer. Assim, havendo lei especial para as locações comerciais e industriais, com contrato escrito de cinco anos, as locações ditas não-residenciais passaram a ser as locações não protegidas por lei nenhuma, visto que sobre elas se tem como incidente a garra do Código Civil.

Pois é o Código Civil que põe a sua garra nas relações locatícias não-residenciais à margem do Dec.-lei 24.150, o que importa em caracterizar o desamparo legal a esse tipo de locações. Nem se podia imaginar que fosse de outro modo: o Código Civil data de uma época em que inexistia, por ausência de condições que o justificassem, o sentido de proteção legal a certas categorias sociais. Um código que, à semelhança do Código de Napoleão, ocupou-se com a riqueza adquirida, na observação de G. Morin.

Hoje, porém, o Código Civil conta com 75 anos de vigência e no transcorrer desse tempo as condições materiais de existência sofreram transformações radicais. Muitas de suas disposições são atualmente vetustas, constituindo na verdade letra morta. A par de algumas disposições haverem sido revogadas, outras mantêm-se sem nenhuma pertinência com a realidade dos nossos dias e daí resultaram de total inaplicabilidade.

Exemplo de tal irrealidade normativa encontra-se na parte relativa às locações de prédios residenciais, o que ditou a necessidade de regularem-se inteiramente por lei especial as ditas locações. Imprimiu-se nessa nova regulação uma direção diferente daquela existente no Código, justamente com o sentido de limitar o poder do proprietário, de modo que não ficasse ao alvedrio deste a possibilidade de retomada do imóvel locado.

Para tanto, a lei prescreveu estritamente as situações em que é dado ao proprietário retomar o imóvel, dando-lhes assim a figuração de *numerus clausus*. De maneira que fora das situações previstas na lei, é vedada a concessão do despejo.

A denúncia vazia e a vontade

Entretanto, para as locações não-residenciais convergiram jurisprudência e doutrina para a solução extravagante e retrógrada da denúncia vazia. O que vale dizer, resolveu-se adotar em relação a essa espécie de locação o arbítrio em favor do proprietário. Prepondera a vontade nua, arbitrária, do proprietário, com o que se confere a este uma posição de superioridade em uma relação de titulares de direitos equivalentes. Poder-se-ia até afirmar que maior peso deveria conceder-se ao titular do direito do fundo de comércio, isto é, o comerciante-locatário.

Pôs-se assim a jurisprudência, principalmente, com a construção da denúncia vazia no sentido de proteção do proprietário, privilegiando-o com o direito de retomada independente de motivação. A vontade do proprietário é despedida de qualquer fundamentação, bastando a conveniência pura para pedir ao Judiciário a rescisão do contrato locatício. Erigindo tal construção, a jurisprudência dá uma preeminência incomparável ao proprietário e vai de encontro à tendência atual do Direito.

Sem dúvida, a tendência de racionalizar os atos da vida, mormente os que implicam poder em uma dada relação, importa que a vontade nos ditos atos se revista de motivação e seja fundada em interesses legítimos, conformados por regras do ordenamento jurídico. Como o ordenamento jurídico só admite motivações e interesses que se dirijam à realização dos fins compreendidos na sua tessitura, torna-se incompossível a vontade nua e o regramento jurídico em que necessariamente a vontade se insere. Tanto mais quanto presencia-se contemporaneamente a redução da margem

de arbítrio da vontade, não só na esfera pública senão também na esfera privada.

Desse modo, para atuar juridicamente em busca de efeitos que aproveitem a seu titular, há de ser uma vontade legitimada pelos fundamentos e valorizações do ordenamento jurídico; e dentre tais fundamentos e valorizações não se inclui de nenhum modo o despotismo da vontade. Af é que realça a importância do Poder Judiciário, como garante da observância dos princípios e valores do sistema jurídico. De modo que, sancionar a vontade ilimitada, incondicionada juridicamente, como vem fazendo o Judiciário, é a um tempo a consagração do arbítrio, fenômeno intolerável quando se trata de ato jurisdicional, e a conspurcação do Direito em múltiplos aspectos.

A propriedade e o comerciante

“... la propiedad privada... se trata de um derecho limitado y condicionado y no de un derecho ‘sagrado e inviolable’, ilimitado y justificado por si mismo” – Radbruch, *Filosofía del Derecho*.

Escrevendo sobre a influência do regime democrático sobre o direito civil, Ripert assinalava há mais de meio-século:

“Pode dizer-se que havia aqui conflito entre duas propriedades: a imobiliária e a de fundos de comércio. Neste conflito o proprietário foi sacrificado em proveito do comerciante... invocou-se o abuso de direito e o enriquecimento injustificado” (*O regime democrático e o direito civil moderno*, Ed. Brasileira 1937, p. 220).

Entre nós, porém, o sacrificado foi o comerciante: o proprietário sempre levou a palma, se é que se pode falar aqui em conflito. Salvo na locação comercial ajustada por contrato escrito com prazo mínimo de cinco anos, para o qual se deu um tratamento especial protetor do inquilino, através do direito da ação renovatória, o comerciante nunca recebeu a atenção do legislador, nem teve da

parte do Judiciário um quinhão sequer de eqüidade. No caso da locação com prazo de cinco anos, distinguiu-se a formalidade: contrato escrito, com prazo mínimo de cinco anos, com o direito do locatário de obter a renovação dele no Judiciário. Apenas em circunstâncias especiais, discriminadas na Lei em forma de *numerus clausus*, dá-se ao proprietário o direito de pedir a retomada do imóvel. Esta lei, datada de 1934, constitui-se, ainda hoje, no depoimento de jurista de prole, um documento tecnicamente perfeito e que tem contribuído ao longo do tempo para estabelecer uma relação equânime entre os interesses das duas partes do contrato; nenhuma delas se pode reputar alcançada por prejuízos em razão da norma legal.

Nem o florescimento da atividade comercial, com a expansão de negócios de pequeno porte, sensibilizou o legislador ou despertou o julgador para o problema vivido pelo locatário. A solução cômoda de fazer-se incidente um dispositivo do Código Civil, pespegando-se a fórmula da denúncia vazia como um *standard universal*, de aplicação incontrastável, caracteriza a nossa legislação, apoiada pela jurisprudência, como consolidadora do privilégio da propriedade. Quando o que se assiste na atualidade é a imposição legislativa e a construção jurisprudencial mais e mais de sentido limitativo e restritivo do direito de propriedade. Ainda que o legislador estivesse desatento ou insensível a tal situação, seria de esperar que o julgador, dando à sua função de tratar com casos particulares, se colocasse como instância retificadora, ou criadora mesmo, para assentar fórmula jurisprudencial justa, ou, se se quiser, equânime. É que, recorra-se a Ripert para sintetizar, "aujourd'hui le législateur qui bouleverse le droit, la jurisprudence que le maintient" (*Les forces créatrices du Droit*, 1955, p. 390).

A nossa jurisprudência não está, com a cristalização da denúncia vazia, mantendo ou garantindo o direito, está contravindo a ele, negando-lhe o ser. No caso em debate, o direito do comer-

ciante-locatário em frente ao proprietário-locador. Dando superioridade à parte que detém a propriedade, ela se insurge contra a outra parte, inferiorizando-a no plano jurídico. Com isso, despreza a valoração devida ao trabalho e parece desconhecer as condições sociais, elementos imperiosos para uma razoável interpretação e aplicação da lei.

Ou se poderia dizer com José de Oliveira Ascensão que "é lícito considerar que o sentido de ontem deixou de ser o sentido de hoje" (*O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 4. ed., 1987, p. 334). Aliás, mais do que lícito, imperioso.

O sentido da propriedade, hoje, é diverso do sentido da época em que foi editado o Código Civil. Juridicamente, o direito de propriedade agora tem um caráter em nada assemelhado ao da sua configuração codificada. Se a legislação ainda não se atualizou, à jurisprudência é que cabe adiantar-se, dando positivação a tal caráter. A exemplo do movimento jurisprudencial francês, com o préstimo de doutrina prestigiosa, por força do qual se chegou a formular o conceito de proprietário comercial: o comerciante-locatário titular de uma propriedade - a propriedade comercial. Mediante a criação e o emprego de fórmulas como essa é que se buscou fundamentar juridicamente, até com o prestígio da palavra propriedade, o direito do locatário em face do poder do proprietário. Tudo em nome de uma necessidade social corrente e de um valor maior a atender. O que levou Gaston Morin a afirmar que, em consequência de novos direitos reconhecidos à pessoa humana e de que redundou o desmembramento do direito de propriedade, o direito passou a se exercer em proveito do comerciante-locatário (*Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, in *Études*, Ripert).

Há quase 80 anos publicava-se um livro, que, pouco depois, se tornou famoso e hoje é um clássico. Nele, o seu autor, Karl Renner, expôs o direito de propriedade à crítica, de orientação marxista, e demonstrou o que veio a in-

corporar-se como princípio a sistemas normativos de vários países: a propriedade, pelas relações que envolve e por seus fins, é de natureza social. Portanto, o direito que ela encerra é mais um complexo de atribuições, funções, do que o exercício de um poder descompromissado, sem responsabilidade social. "La cosa, salientava Renner, ha finito di essere privata ed incominciato ad essere sociale" (*Gli instituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, Il Mulino, p. 238).

Constituindo um dos pilares do Direito Privado, o conceito de propriedade haveria de transmudar-se com as transformações que sofreram os institutos-chave desse Direito, principalmente após a I Guerra Mundial. Geralmente qualificado um direito fundamental da pessoa humana, inscrito em todas as constituições de natureza democrática, o direito de propriedade sempre recebeu restrições no seu exercício, e na sua disposição, em favor da coletividade. Só que tais restrições, previstas na lei, eram impostas pelo Estado em benefício de serviços e obras públicas. A propriedade do particular era sacrificada, por assim dizer, para dar lugar a algo de interesse geral, fosse este interesse oriundo de necessidade pública ou de necessidade social. Nesse sentido é que Savatier enfatiza haver o direito de propriedade entrado nas dependências do direito público (*Du Droit Civil au Droit Public*, 1950, p. 41).

À parte tais restrições, ditadas pelo Estado como agente do interesse geral, a propriedade passou a ter outras mutações no seu conceito, em razão de ser ela um centro de relações econômicas. O titular da propriedade como senhor de uma forma de domínio é que passou a ser alvo de ataques incessantes, tal o exercício abusivo e anti-social que fazia dela. Então, em virtude mesmo das condições geradas por esse poder onímodo do proprietário, começou a lavrar uma ofensiva para coarctá-lo arrimada em um vigoroso e fecundo substrato doutrinário. Nas palavras de Orlando Gomes

"... abalados foram, e comovidos, os próprios fundamentos do Direito Privado, que passou a ter orientação social e ética suficientemente vigorosa para provocar a erosão nos seus princípios basilares, e determinar a reformulação de muitos conceitos e tratamento diverso a várias relações" (*Transformações gerais do Direito das Obrigações*, p. 6).

E especificando a posição do proprietário, assinala o mesmo autor em outra obra:

"Sua atividade (do proprietário) deixa de ser livre em face da operatividade externa da função sobre a estrutura, primando o elemento teleológico sobre o estrutural" (*Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, 1986, p. 90).

Traga-se aqui também muito a propósito a opinião de Pietro Barcelona:

"... i poteri (do proprietário) non sono più incondizionati... Il proprietário non può essere considerato arbitro assoluto delle scelte, non può essere lasciato assolutamente libero di stabilire che cosa conviene o non conviene" (*Diritto privato e processo economico*, 2. ed., 1977, p. 182).

Permitimo-nos rematar este relevo de citações com a de W. Friedmann, extraída de um livro notável:

"... en la moderna sociedad industrial y comercial la propiedad no es una relación exclusiva de domínio, ejercida por una persona física o corporativa, sobre la cosa... sino que es un concepto colectivo de un complejo de poderes, funciones, expectativas, responsabilidades" (*El Derecho en una sociedad en transformación*, 1966, p. 84).

Quando se apregoa tanto a modernidade, seria desejável que legisladores e julgadores buscassem o timbre dessa modernidade em institutos como a propriedade, nas relações de que ela é parte, para tratar-se mais conformemente a época, ao espírito do tempo, situações semelhantes a de que cuidamos nestas

linhas. A situação do comerciante-locatário na relação com o proprietário, por exemplo.

O valor trabalho

A Constituição de 5 de outubro de 1988 contempla o trabalho no seu texto, para dar-lhe um significado relevante. Logo no art. 1º ela coloca-o como valor social, um dos fundamentos da República:

“A República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

Mais adiante, no art. 193 proclama o trabalho como base da ordem social, na qual ele tem o primado:

“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

O trabalho como valor, o trabalho com a primazia na conformação da ordem social, dois traços de alto significado jurídico e que devem por isso importar em consequências políticas fecundas. Se se considerar então que a atual Constituição é a primeira, dentre as seis que a República teve, a positivar uma série de valores (veja-se o Preambulo), dentre os quais o do trabalho, tem-se um vínculo poderoso a atar os aplicadores da Lei Fundamental na concreção de seus mandamentos. É de ver que a circunstância de alinhar-se o trabalho como valor, e conferir-se-lhe a primazia na estruturação da ordem social, conduz a que já não pode subsistir o tratamento, em qualquer ângulo, de determinadas relações à luz de critérios anacrônicos, incompatíveis com as circunstâncias de agora. A relação locatária

entre o comerciante-locatário e o proprietário, repita-se como exemplo.

Impõe-se, destarte, que se reformulem conceitos, que se atualizem princípios, para um tratamento mais equânime, repita-se. O comerciante-locatário, que hoje não dispõe do mais mínimo apoio legislativo ou judicial, porque subjugado pelo efeito da denúncia vazia, deve ser reputado na relação locatária como titular de direitos decorrentes do valor trabalho. Ele é que representa o valor trabalho na dita relação e assim é de reconhecer-se-lhe, com as garantias próprias, os direitos consequentes. Com a sua habitual acuidade, Orlando Gomes ressaltou isto:

“A influência desses institutos – disse o grande civilista – se faz sentir em condições mais importantes pela incidência do trabalho e seu relevo como atividade indissociavelmente ligada ao exercício da propriedade, que o limita em caráter permanente” (*Ensaios de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, p. 91).

Reservamos as considerações finais para dizer algo sobre o valor trabalho, por considerarmos que dele deflui uma messe inesgotável de direitos e, por igual, porque no trabalho radica a força propulsora de muitos bens vitais, representativos da dignificação do homem e do seu desenvolvimento. Um Estado Democrático de Direito incorpora-o à sua Constituição para significar isto. Integrado na Lei Maior, ele e outros valores nela insculpidos reclamam efetiva aplicação em dimensão total; nada deve subtrair-se aos seus conteúdos. A nossa crença é que, com todas as possíveis adversidades e percalços, os valores positivados na nossa Constituição haverão de impor-se na conquista e exercício dos direitos que deles provêm.

O CASO DO BABALORIXÁ NELSON*

(Quando a paranormalidade dá cadeia!)

CÉSAR DE FARIA JÚNIOR **

Exmo. Sr. Desembargador-Presidente
do Egrégio Tribunal de Justiça do Esta-
do de Sergipe.

COLENDÀ CÂMARA CRIMINAL

César de Faria Júnior, brasileiro, solteiro, advogado, residente e domiciliado na Cidade do Salvador, Estado da Bahia, com escritório profissional na Rua Senador Teotônio Vilela, 110, Edf. Cidadela Center II, sala 502, Salvador-BA, pelo quanto lhe faculta o art. 5º, inciso LXVIII da nova Carta Política da República, e com fundamento nos arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal, vem, respeitosamente, pela vez primeira, à esta veneranda Corte de Justiça sergipana, impetrar *habeas-corpus*, em favor de Nelson Macena da Silva, brasileiro, solteiro, assistente-administrativo do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, residente e domiciliado na Rua Carlos Gomes, Edf. Anabella, 135, apto. 1.603, na Capital da Bahia, pelo fato de estar sofrendo coação legal, por encontrar-se preso preventivamente, apontando como autoridade coatora o Exmº Sr. Dr. Juiz da Comarca de Umbaúba-Sergipe, e o faz em vista das seguintes e relevantíssimas razões:

SUMÁRIO: 1. O princípio constitucional da presunção de inocência. 2. Dos fatos. 3. A desnecessidade e a desmotivação do decreto. 4. Da falta de requisitos. 5. Do pedido de extensão. 6. Do requerimento final.

1. O princípio constitucional da presunção de inocência.

Há mais de cem anos, a Constituição Francesa, no seu Preâmbulo, proclamava:

"Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi".

(“Todo homem, sendo presumido inocente, até que se lhe declare a culpa, se for indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário para assegurar sua pessoa deve ser severamente punido pela lei”).

Como decorrência dos ideais da Revolução Francesa, tal princípio passou a ser absorvido pelo pensamento jurídico-liberal de todo mundo civilizado, e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU proclamou-o, no inciso I do art. 11:

"Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense".

(“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que se lhe hajam assegurado todas as ga-

* *Habeas-corpus* 174/90 TJS. Processo criminal de homicídio.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia –UFBA. Advogado.

rantias necessárias para a sua defesa".)

No mesmo sentido, o inciso II do art. 6º da Convenção do Conselho da Europa:

"Everyone charged with a criminal offense shall be presumed innocent until proved guilty according to law".

Na Itália, a Assembleia Constituinte aprovou o § 2º do art. 27 da Constituição Italiana:

"L'imputado non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

No Direito alemão, o princípio da presunção da inocência fez-se sentir no § 449, do Código de Processo Penal alemão (StPO).

Comentando tal dispositivo, Júlio Maier observa:

"En materia penal la condena, para ser ejecutable, debe haber quedado firme (§ 449) lo que implica rechazar toda ejecución o título ejecutivo provisional" (La Ordenanza procesal penal, Buenos Aires, v. 2, p. 375).

Na V Jornada Latino-americana de Direito Processual Penal, em Bogotá-Cartagena, em junho de 1970, dentre as bases fundamentais para a unificação da legislação processual penal da Espanha e da América-Latina, foi aprovada a de n. 03:

"Puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal que contra a aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario".

No Brasil, em 1977, o então ministro da Justiça, na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de lei que se converteu na Lei 6.416, de 24.05.77, enfaticamente, acentuou:

"... Quanto à prisão provisória (em flagrante, preventiva, por efeito de pronúncia), considerou-se que, com freqüência, principalmente na prisão em flagrante, a medida é rela-

xada pelo juiz competente, ou anulada por via de habeas-corpus, patenteando-se a sua desnecessidade em muitos casos. Foi ela reduzida ao mínimo indispensável à garantia dos interesses da justiça, à segurança social e à ordem pública. Ampliou-se, ao mesmo tempo, o instituto da fiança, como providência acauteladora. Essa dupla reformulação favorece a observância do princípio da presunção de inocência de quem ainda não foi condenado..." (grifos nossos).

A preocupação do legislador com o perigo da prisão cautelar já estava evidenciada nas normas dos arts. 295 e 300 do Código de Processo Penal. A propósito, transcrevemos *ipsis verbis* o art. 300:

"Sempre que possível, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas".

Inobstante, sabemos que, na prática, o preceito não é observado. O que ocorre é o contágio carcerário na "universidade do crime", extremamente malefício, mortífero para um acusado primário, com bons antecedentes, cuja culpabilidade ainda não foi delineada.

A convivência oriunda dessa segregação é altamente prejudicial e, somente para se ter uma idéia, o experiente penitenciário baiano Augusto Thompson, cuja trajetória profissional começou no Rio de Janeiro, como diretor de mais um estabelecimento presidiário, no seu livro *A Questão Penitenciária*, atesta uma triste realidade: se o diretor de um estabelecimento prisional conseguir que o penitente saia do cárcere da mesma forma que entrou, é um herói, pois, a regra geral é sair bem pior, com um minguado senso de moralidade e família.

Ainda bem que, em outro clima político-constitucional, em outubro de 1988, atendendo aos anseios libertários da Nação brasileira, o princípio de inocência, tal como proclamado pela Declaração Universal, foi consagrado em nossa Carta Magna, no inciso LVII do art. 5º:

"Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Resulta de tal princípio a norma imperativa que, sendo o réu presumidamente inocente, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, nas palavras do Prof. Clariá Olmedo, "las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estritamente necesario" (Bases cit., p. 45).

Conclui, com a segurança própria da boa doutrina, Fernando Tourinho Filho:

"Trata-se, a toda evidência (para que não haja ultraje ao legislador constituinte), de um direito do cidadão. É direito fundamental, posto que inserido no art. 5º da Lei Maior. Direito a quê? Direito de ver respeitada a sua liberdade ambulatória. Direito de não sofrer qualquer medida constritiva de liberdade, a não ser nos casos estritamente necessários, ditados por evidente cautela (in *Processo Penal*, v. 1, 11. ed., p.68).

Observa, ainda, o precitado autor que a prisão preventiva se baseia, precisamente, em uma presunção concreta de culpabilidade.

Urge, pois, a análise dos fatos enjadeiros do processo-crime a que responde o paciente, ainda que de modo superficial, para verificarmos a inexistência daquela presunção concreta de culpabilidade. E sem ela, preleciona Velez Mariconde, "la medida cautelar no tendría sentido ni fundamento" (*De-recho Procesal Penal*, Ed. Córdoba, v.1).

2. Dos fatos

Tendo em vista o desaparecimento súbito e morte violenta de Júlio Cézar Azevedo Santos, ocorrido no dia 30 de abril do corrente ano, fora instaurado inquérito policial na cidade de Umbaúba, no Estado de Sergipe.

Açodadamente, dado à gravidade

do delito, foram decretadas as prisões temporárias daqueles que, mais de perto, empenharam-se em proceder às buscas, na esperança de localizar a vítima desaparecida.

Assim, *permissa venia*, em que pese a boa intenção do digno juiz prolator do decreto, agira de maneira abusiva e arbitrária, ao decretar a prisão temporária de, praticamente, todos aqueles que tentaram ajudar a descobrir o paradeiro da vítima, com a óbvia exceção dos seus irmãos, Elder e Gilson.

Decretaram-se, dessa forma, as prisões temporárias de Fátima Auxiliadora Soares Santos (esposa da vítima), dos seus colegas bancários, Lúcio Flávio Lima de Souza e José Manoel Rinaldo Cabral e mais, de Nelson "pai-de-santo", Dorival de tal, José de tal e Roque de tal.

O egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, no *habeas-corpus* impetrado em favor da paciente Fátima Auxiliadora Soares Santos, por maioria de votos, considerou aquela prisão temporária ilegal e arbitrária e sem fundamento o decreto que a ordenou, embora não a revogasse, pois já havia exaurido o seu prazo.

Não obstante, o respeitável juiz-substituto da comarca de Umbaúba, *data maxima venia*, de maneira desfundamentada, desmotivada, converteu aquelas prisões temporárias em custódias preventivas, ressaltando, tão-somente, os dois bancários, colegas da vítima, decretando a desnecessária prisão preventiva de Fátima Auxiliadora Soares Santos, Roque Santos Neri, José Evangelista dos Santos Guedes, Nelson Macena da Silva e do Dorival de tal, às fls. 15 e 16 do inquérito policial.

Concessa venia, descurou-se o nobre juiz da advertência feita pelo prof. Hélio Tornaghi, dos perigos contra os quais deveriam prevenir-se todos os juízes, na decretação da prisão provisória, principalmente os que, tentando acertar, muitas vezes erram, como, sem dúvida, ocorreu no caso vertente.

Dentre aqueles perigos, ressalta

o referido mestre o perigo da precipitação e do exagero. E, como se estivesse a lecionar para esta causa, adverte:

“O perigo da precipitação, do aconditamento, que impede o exame maduro das circunstâncias e conduz a erros. A possibilidade de soltar e tornar a prender e soltar de novo e mais uma vez prender, tudo ao talante do juiz, facilita a inconsideração, presta-se à imprudência, e o bom juiz deve acautelar-se contra essa facilidade”.

“O perigo do exagero, que conduz o juiz a ver fantasmas, a temer danos imaginários, a transformar suspeitas vagas em indícios veementes, a supor que é zelo o que na verdade é exarcebação do escrúpulo” (*in Curso de Processo Penal*, 6. ed., p.11).

Por oportuno, lembramos Carrara: “A prisão preventiva deprime e abate o sentimento de dignidade pessoal de quem é ferido por uma mancha imerecida, depois de haver levado uma vida honesta e inocente” (*Opusculi*, v. 4, p. 299).

3. A desnecessidade e a desmotivação do decreto

A prisão preventiva, medida de caráter nitidamente excepcional, causa sempre repugnância, sendo chamada de odiosa medida de exceção, por ser um mal, e sendo um mal somente poderá ser tolerada nos mais estreitos limites da mais absoluta necessidade, mormente nos dias atuais, pela presunção constitucional de inocência inerente a todo o homem que ainda não foi julgado, nem declarado culpado, por sentença penal condenatória transitada em julgado.

No século passado, em 1872, o grande Carrara já apregoava, no Congresso Internacional de Londres, para a prevenção e repressão ao delito, “ser por todos reconhecido que o encarceramento dos acusados antes de haver condenação é altamente maligno e, por isso mesmo, só aconselhável quando de todo necessário”.

A prisão preventiva não é pena, não tem caráter retributivo. Se se preten-

desse que o fundamento dela fosse a responsabilidade do acusado, ela seria pena antecipada, uma vez que a única fonte legítima que restringe a liberdade de um cidadão é a sentença definitiva que põe fim ao processo.

Nesse passo, para o decreto preventivo, deve o julgador estar atento para os pressupostos objetivos (“prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria”), para depois constatar, com circunspeção, se há prova nos autos que fundamente sua decisão, em uma dasquelas três hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam:

- a. “Como garantia da ordem pública”;
- b. “Por conveniência da instrução criminal”;
- c. “Para assegurar a aplicação da lei penal”.

No caso *sub judice*, conquanto seja um ilustre magistrado o prolator do decreto, não foram observados os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. *Data venia*, a decisão é vulnerável seja pela desmotivação, seja pela desnecessidade ou pela desfundamentação de como se encontra estruturada, não resistindo ao mínimo exame lógico-jurídico, como demonstraremos à exaustão. Senão, vejamos.

O decreto preventivo encontra-se vulnerável no que se refere ao requerente, pecando, logo, no seu nascedouro, por quanto não há indícios suficientes da sua culpabilidade, inobstante comprovação a materialidade do hediondo crime.

Sabemos todos que no rito sumaríssimo do *habeas-corpus* não se examina a prova, entretanto, não chega a ser uma verdade apodíctica, admitindo, pois, sofrer exceções. Exceções há, como, de resto, em todas as regras que não padecem de radicalismo.

A mais alta Corte de Justiça do País, no HC-67.081-4 (TJS/1988), já decidiu ser dever do juiz ou Tribunal examinar a prova oferecida em *habeas-corpus*, pois, do contrário, não poderia decidir o pedido. O que é vedado, se-

gundo a Suprema Corte, é o exame minucioso, aprofundado, valorativo da prova, pois o exame superficial é necessário para o julgamento.

In casu, basta o breve e superficial exame da prova, para se constatar a insuficiência dos indícios da autoria.

Ora, eminentes desembargadores, os fatos que circunvolveram o macabro episódio permanecem nebulosos e obscuros.

Efetivamente, não se sabe, até o momento, o local do crime, apenas o corpo fora encontrado no município de Jeremoabo, na Bahia.

A competência do juiz de Umbaúba fora fixada por critérios subsidiários, como o domicílio dos réus (Fátima Auxiliadora Soares Santos e seu irmão Ruy Manoel Lima Soares) e da vítima e, ainda, por critério de prevenção.

Contradicoratoriamente, as suspeitas recaíram sobre aqueles que auxiliaram a encontrar o corpo da vítima.

Diversas buscas foram empreendidas em derredor das regiões circunvizinhas: na praia de Abaísa-SE, nos municípios baianos de Rio Real, Conde, Esplanada, Araçás até chegarem a Jeremoabo, no sertão da Bahia.

O que encontramos em alguns depoimentos de pessoas envolvidas nessas buscas é que algumas delas foram efetuadas por sugestão do paciente Nelson Macena da Silva, a quem atribuem poderes mediúnicos. Não se pode esquecer que, também por orientação sua, foram a outros lugares antes de encontrar o corpo, como, v. g., Araçás, na Bahia.

Ad argumentandum, não é crível, não resiste ao menor exame lógico, alguém ter participado de uma trama criminosa, e, juntamente com várias pessoas, inclusive dois irmãos da vítima, demonstrar saber onde se encontraria o corpo.

O douto juiz, subscritor do decreto preventivo, considerou a versão dos fatos, segundo suas próprias palavras, conforme "consta dos noticiosos da imprensa estadual e no inquérito policial".

Vê-se, portanto, perfeitamente, que se deixou influenciar pela imprensa, que

tem o nefasto interesse em vender a notícia, sua mercadoria de ouro, sem se preocupar, muitas vezes, com a verdade e com a prova dela.

Não fora assim, estamos convencidos, jamais decretaria o ilustre juiz a prisão preventiva de Nelson, baseada, unicamente, nas declarações da "jovem Simone".

Como se respaldar num depoimento fantasioso, vago e incerto, recheado de contradições, ilações e deduções absurdas, fruto de uma mente adoecida pela paixão?

Com efeito, resta comprovado, no bojo do infôlio, ter sido Simone, a desvairada adolescente de 20 anos de idade, amante apaixonada da vítima que, com a sua morte, perdera o senso e a razão, se é que antes possuía.

Sobre esse tipo de declarações, a 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, em caso de mandado criminal relacionado com homicídio, portanto de prisão preventiva que era, então, obrigatória, "entendeu que a prova alegada pelo juiz, ao justificar o despacho não constituía indício suficiente, pois se tratava de testemunho vago e incerto". A decisão foi proferida no HC 43.199, e constitui mais um exemplo de que está superado o entendimento de que o mérito da fundamentação, em caso de prisão preventiva, é insuscetível de reexame pela instância superior. No caso, o despacho estava fundamentado e seria formalmente incensurável. "O Tribunal, no entanto, considerou o alegado pelo juiz e entendeu que não lhe assistia razão, pois invocava para fundamentar a gravíssima medida o que não poderia constituir aquele mínimo de prova que a lei exige" (RTJ 40/385, Hélio Fragoso, "Jurisprudência Criminal", p. 493) (grifamos).

No nosso entender, não fosse o absurdo da prisão preventiva, o processo criminal, por si só, já constituiria constrangimento ilegal, na escuridão dos fatos que nada esclarecem. Perguntar-se-ia:

- Onde se cometeu o crime?

- Qual foi o seu móvel?
- Interesses "econômicos ou sentimentais"?
- Ou terá sido vingança?
- Quem foi o seu autor?
- Se vários, qual a cota de participação de cada um?
- Quem foram os autores "intelectuais e/ou materiais"?
- Quais os seus "modus operandi"?

Evidentemente que perguntas como essas e tantas outras que poderiam ser feitas não encontram respostas satisfatórias, baseadas em provas convincentes, contidas nos autos, a não ser com frágeis induções, ilações e deduções desautorizadoras da custódia combatida.

A respeito da prova indiciária, de forma concisa, preleciona Malatesta: "Mas é principalmente a avaliação objetiva que tem importância máxima, quando se trata de indícios. É necessário não esquecer que a avaliação da prova indireta é sempre árdua, eis porque, não é inútil repeti-lo, é preciso proceder cautelosamente quando se trata de prova indiciária, pois que é particularmente por essas, que muitas vezes, se cria no espírito do homem uma certeza artificial e inexata, que toma o lugar do convencimento racional, uma certeza artificial e inconsiderada da qual não se saberia quando indicar fria e calculadamente as razões determinantes, uma certeza de impulso, que, atingindo mais força na imaginação que na razão, pode facilmente arrastar a erros lastimáveis, de que há mil exemplos na história dos julgamentos penais.

Acautelar-se em matéria de prova penal, que é a indiciária, é sagacidade de sábio, nunca revelação de fraqueza. A prova indiciária é válida, porém deve nascer espontaneamente, formando elo indistrutível, que objetivamos deve ser cautelosamente aferido pelo julgador" (in *A lógica das provas em matéria criminal*, p. 226/227).

Como demonstramos, permissa ve-

nia, não existe nos autos pressuposto essencial de verificação probatória – indícios suficientes da autoria – o que, por si só, já desautoriza a sua custódia preventiva.

Não se pode olvidar que, para decretação da prisão preventiva, os indícios de autoria hão de ser veementes, significando, consoante lição de Romeu Pires de Campos Barros, "probabilidade certa de autoria e não simples possibilidade" (*Processo Penal Cautelar*, ed. Forense, 1982 p. 142).

4. Da falta de requisitos

É por demais sabido que, para a decretação da prisão preventiva, além da presença dos pressupostos legais (já descharacterizados), devem coexistir os requisitos expressos no art. 312 do CPP.

Data maxima venia, no tocante à expressa triconomia do citado dispositivo legal, o douto magistrado laborou no campo hipotético, com afirmações vagas e genéricas e, numa inversão de princípios, tomou por base exatamente aquilo que deveria demonstrar. Conforme se constata do cambaleante decreto:

"A prisão preventiva é instrumento consagrado no diploma processual penal para garantir o êxito da instrução penal e a aplicação da lei penal, bastando que exista prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria".

E prossegue:

"Sem o cerceamento da liberdade dos partícipes no crime de Júlio Cézar, autores materiais e/ou intelectuais, é impossível coletar provas, porquanto todos os meios são feitos para obstacularizar o caminho da instrução criminal".

Conclui, no mesmo passo:

"Diante do exposto, decreto a prisão preventiva de ..., atendendo aos princípios do art. 311 e a necessidade e conveniência do 312 do CPP".

Dessa forma, o decreto consegue ser extremamente conjectural e abstrato,

absolutamente baldo de fundamentação.

A doutrina é categórica em afirmar não constituir fundamentação da prisão preventiva a simples referência às hipóteses que, segundo a lei, a justificam.

É indispensável que o juiz mencione os fatos que o convenceram da necessidade da prisão.

Eis a lição de Hélio Tornaghi (*Manual de Processo Penal*, v.2, p.619):

“O juiz deve mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantia da ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, frauda a finalidade da lei e ilude as garantias de liberdade o fato de o juiz dizer apenas: ‘Considerando que a prisão preventiva é necessária para a garantia da ordem pública...’ ou então: ‘A prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal..’ Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbório e da opressão”.

Concessa venia, onde nos autos há prova dos “partícipes” estarem utilizando-se de “todos os meios” para obstacularizar o caminho da instrução criminal?

Afinal de contas, quais meios eram esses, a ponto de, “sem o cerceamento da liberdade”, ser impossível “coletar provas”?

Não esclarece o referido decreto, não aponta sequer um único meio usado para aquele fim.

Excelentíssimos desembargadores, a prisão preventiva de Nelson Macena da Silva é tanto injusta quanto desnecessária.

Permissa venia, não é essa a maneira correta e legal de se tratar um réu primário, com bons antecedentes, funcionário público do Tribunal de Contas da Bahia, onde exerce a honrosa função de assistente administrativo, classe “C”, nível 10, há mais de 30 anos, sem uma mácula sequer, com residência e domicí-

lio certos na cidade de Salvador, Bahia, na Rua Carlos Gomes, Ed. Anabella, 135, apto 1.603, consoante fazem prova documentos anexos.

Os inúmeros documentos acostados a este *writ* dão uma visão, ainda que incompleta, do excelente e invejável conceito de Nelson da Silva, em todos os ângulos de sua personalidade, comprovando, irrefutavelmente, ser pessoa de bom caráter e de reputação ilibada. Dentre eles, destacamos:

- 01) Atestado do Dr. Dário Velloso Dantas, Juiz de Direito, que judicou por 13 anos em Esplanada-BA (Doc. 11);
- 02) Certidão da atual delegada regional de Esplanada-BA (doc. 12);
- 03) Declaração do chefe do serviço de Recursos Humanos e do coordenador de Administração do Tribunal de Contas da Bahia (TCE) (doc. 13);
- 04) Ficha Funcional, onde constam portarias do TCE em seu louvor (doc. 14);
- 05) Declaração do conselheiro substituto do TCE (doc. 15);
- 06) Atestado do chefe da Assessoria Jurídica e do secretário geral do TCE (doc. 16).

Não se pode, portanto, em sã consciência, presumir que a liberdade de Nelson poderá constituir-se em fator de perturbação da ordem pública, ou, muito menos, em sua ameaça, para justificar sua prisão antecipada.

De idêntico modo, não se justifica seu encarceramento preventivo, para garantir a aplicação da lei penal.

O decreto preventivo, em verdade, nem se refere a essas duas últimas hipóteses.

O acusado Nelson Macena da Silva demonstrou confiar na Justiça. Tanto que, logo quando soube da decretação de sua prisão preventiva, constituiu ilustre advogada para promover a sua defesa e provar a sua inocência.

Tivesse ele a intenção de se furtar à ação da Justiça, sem dúvida, teria preferido antes o caminho fácil da fuga.

Jamais pensou em fugir, ao contrário, através da dedicada causídica, procurou fazer cessar o constrangimento ilegal, para poder se apresentar espontaneamente à Justiça.

Tinha ele, entretanto, justo receio dos prepostos policiais da comarca de Umbaúba, sabedor da maneira arbitrária, prepotente, truculenta e ilegal, com que invadiram o Estado da Bahia e, na cidade de Esplanada, efetuaram as prisões de Roque Santos Neri e José Evangelista dos Santos Guedes, sem respeitarem os limites da sua circunscrição, não recorrendo à polícia local para realizarem tamanha empreitada (doc. 17).

Mesmo assim, não fugiu, continuou na cidade de Salvador, onde reside, trabalhando no TCE, conforme lista de presença anexa (doc. 19), até quando fora preso pela Polícia Federal da Bahia, em sua residência e, posteriormente, remiado para o estado de Sergipe, onde se encontra.

Da decretação de sua prisão preventiva até o dia em que ela se efetuou, (de 25.05.90 até 27.08.90), teve todo o tempo para fugir, mas não se afastou da cidade onde mora, nem deu o menor sinal de que estivesse se preparando para fugir.

Ainda no que toca à aplicação da lei penal, ela não se justifica sob o argumento de residir o denunciado em Salvador, Bahia, fora, portanto, do distrito da culpa.

Data maxima venia, ad argumentandum, não faz sentido esta assertiva. Argumentar-se dessa forma seria o mesmo que se aceitar o sofisma de que...

“O que é livre não se sujeita a nenhuma autoridade: ora, o homem é livre, logo, o homem não se sujeita a nenhuma autoridade” (*apud Curso de Lógica Formal*, Godofredo Telles Júnior, p. 311).

Dar-se guarda a essa espécie de argumentação seria reconhecer que só os nativos têm direito a, uma vez praticado o fato criminoso, beneficiar-se da liberdade provisória para responder ao processo. O cidadão respeitável, proprietário de bens em outra comarca, que

não a do distrito da culpa, com laços de família e amizade, que, por infelicidade, viesse a praticar um delito distante da sua residência e domicílio, estaria, por esse argumento, obrigado a permanecer preso, ainda que pudesse oferecer todas aquelas garantias ao juiz processante.

E, no caso *sub examine*, trata-se de pessoa responsável, com bons antecedentes, um conceituado funcionário público, com família constituída e com bens na cidade de Salvador, conforme fazem prova documentos anexos.

Sobre o assunto, a jurisprudência é uníssona:

“Paciente que não mora no distrito da culpa. Necessidade da custódia. Irrelevância.

Agente que reside fora do distrito da culpa não é óbice para que responda à ação penal em liberdade” (*in Jurisprudência Catarinense* 45/378, HC-7.864, doc. anexo 20). Decreto preventivo: “Paciente que reside fora do distrito da culpa. Circunstância que não é óbice para que responda a ação penal em liberdade”. Ordem concedida (JC, HC-7.166, doc. anexo 21).

“Prisão preventiva decretada com base, exclusivamente, na representação da autoridade policial. Fatos controvertidos quanto à conduta do recorrente. Maus antecedentes e a circunstância de não residir o réu no distrito da culpa, que não elidem a necessidade imperiosa de fundamentação do decreto constitutivo”. Ordem deferida (STF, ac. unân. da 2^a T., publ. em 04.11.88 - RHC 66.558-6-MG).

“Não basta para a decretação da prisão preventiva, com base no art. 315 do CPP, se limite o magistrado a afirmar que ela vise ao resguardo da ordem social e conveniência da instrução. O despacho em questão, ao decretar a prisão cautelar do paciente, não deixou demonstrada sua necessidade. Nela se absteve seu prolator de revelar os fatos que pudessem levar a, pelo menos, uma suspeita de perturbação da instru-

ção, por parte do paciente, impedindo seu normal desenvolvimento, ou mesmo de fuga, se fosse indivíduo sem rafzes no foro do delito". (HC 109. 409, rel.-des. Adriano Marrey, RT 426.323).

"Deve haver algum apoio probatório para a decisão, como indícios de que pretende ausentar-se ou destruir as provas do crime, ou coagir testemunhas, etc. Mas a vaga e genérica afirmação que pode o paciente dificultar ou destruir provas (nem se sabe que provas serão essas), não fundamenta a prisão, tal como é exigida pela lei" (HC 104.646, rel.-des. Humberto da Nova, RT 417:71-2).

5. Do pedido de extensão

Eminentes desembargadores, por falta de fundamentação do mesmo decreto de prisão preventiva, ora sob reexame, bem como por não haver indícios suficientes da autoria, o egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, por essa colenda Câmara Criminal, nos HC 141 e 145/90, impetrados pelo bel. Osmário Vila Nova de Carvalho, concedeu "Ordem de *Habeas-corpus*" em favor de Fátima Auxiliadora Soares Santos e Rui Lima Soares, respectivamente, nos termos da seguinte ementa do acórdão 382/90 (HC 141/90):

"Ementa: Prisão preventiva
Despacho deve ser substancial e convincente, fundando-se em fatos concretos e não meras conjecturas. Necessária a demonstração de indícios suficientes para admitir-se a autoria. Não estando suficientemente justificada a decretação da prisão preventiva, impõe-se a sua revogação."

Por essa razão, e com base no art. 580 do CPP, formula o requerente pedido de extensão, através do qual também haverá de lhe conceder alvará de soltura esta colenda Corte de Justiça.

Ora, o decreto é o mesmo, as situações são idênticas, são todos réus primários, com bons antecedentes e pro-

fissões definidas, não podendo ser o fato de o paciente ter domicílio fora do distrito da culpa circunstância que autorize um tratamento discriminatório.

Maxima concessa venia, não se conceder a Nelson Macena da Silva o pedido de extensão demonstrar-se-ia que tudo não passa de um preconceito, por se ter notícia de que o mesmo seria pai-de-santo na Bahia, dirigente de uma seita religiosa, com sede em sua chácara, na cidade de Esplanada.

Seria grave ofensa ao princípio da isonomia, insculpido na nossa Lei Maior, art. 5º, bem como completa postergação dos incisos VI e VIII do referido artigo, que rezam:

VI - "É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias".

VIII - "Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei" (grifamos).

A Bahia é conhecida, tornou-se mesmo famosa, pelo seu misticismo, pela sua magia, pelos seus orixás, pelos candomblés, pelo sincretismo religioso, pela variedade de cultos e pela fé inabalável do seu povo.

Por conseguinte, não se pode estimar o rótulo quando o importante é o conteúdo. Não devemos analisar as consequências, abstraindo as causas. Cindir o uno, dividir o indivisível, quando não possível, é címero.

Poderemos consagrar o arbítrio em lugar do primado do direito, retornando a um tempo não-científico e de sombrias perspectivas.

Hélio Tornaghi, mestre ini-

gualável, nos dá a medida da importância de julgar:

“A grande aspiração do jurista, sobretudo em matéria criminal, é a justiça. O legislador busca traduzi-la em fórmulas, o jurisconsulto a estuda, esquadrinha, investiga, sonda; o juiz, mais que outra pessoa, a realiza. Isso, entretanto, não é fácil. Julgar não é apenas tarefa de ciência, nem somente de arte, mas de religião, de execução de uma obra que só Deus pode executar perfeitamente...”

Julgar é tarefa extremamente difícil, entretanto, o que será da liberdade se ela for vítima de um rótulo, de um preconceito, senão o próprio rótulo, o próprio preconceito?

E a aspiração à justiça, onde ficará?

6. Do requerimento final

Preliminarmente.

Requer seja o presente *habeas-corpus* distribuído para o excellentíssimo desembargador Luiz Rabelo Leite, por uma questão de prejudicialidade, por ter sido sua excelência o relator do *habeas-corpus* 141/90 e do acórdão 382/90, retrorreferidos.

Da liminar

Por tudo exposto, e com fulcro no art. 649 combinado com o art. 662, ambos do diploma processual penal, requer seja concedido liminarmente o *writ*, com a expedição urgente de alvará de soltura, para que cesse, imediatamente, o constrangimento

ilegal, imposto, *venia concessa*, por aquele injustificável e desmotivado decreto preventivo.

In casu, não há necessidade das informações da autoridade coatora, para se decidir sobre a concessão do pedido. Além do mais, dita autoridade já prestou as informações sobre o caso, ora em julgamento, quando da impetração dos HC 141 e 145/90.

Convém ter presente, também, como o Supremo Tribunal Federal já decidiu, que as informações prestadas pelo juiz não suprem as deficiências na fundamentação (*DJ* 25.10.68, 4.405, *RTJ* 59/31 e 93/582).

Do mérito

Concedida a liminar no presente *habeas-corpus*, terá o feito andamento normal, ouvindo-se a douta Procuradoria de Justiça, requerendo seja confirmada, afinal, pela colenda Câmara Criminal, a liminar, com deferimento do mérito, por ser da mais absoluta justiça e legalidade.

De: Salvador-Bahia Para: Aracaju-Sergipe, 6 de setembro de 1990.
César de Faria Júnior
Advogado.

OAB/BA - 8543

* OBS - O paciente, hoje, encontra-se em liberdade, enquanto o processo criminal ainda está na fase de instrução.

O DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA

MARCUS VINÍCIUS AMERICANO DA COSTA *

De um modo geral, a obrigação de prestar alimentos cabe aos parentes e aos cônjuges, portanto, excluindo-se os afins, como, por exemplo, os sogros e o genro e a nora.

Examinaremos, exclusivamente, a pensão relativa aos primeiros, posto que, quanto à dos casais, já foi objeto de estudo anterior: "Inovações na Lei do Divórcio".

O Código Civil (art. 397) prescreve que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes (avós, bisavós, ...), recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Acresce o art. 38 que, "na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes (filhos, netos, bisnetos...), guardada a ordem da sucessão e, faltando estes, aos irmãos, ...".

Os pressupostos legais para que alguém possa pleitear alimentos são os seguintes: não ter recursos próprios e, ao mesmo tempo, não se encontrar em condições de adquiri-los por motivo de doença, idade avançada, desemprego, etc., e desde que o requerido esteja capacitado de fornecê-los, sem que haja prejuízo ao mínimo necessário à sua própria manutenção.

Outro pressuposto está inserido na leitura do art. 400:

"Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos das pessoas

obrigadas".

Entretanto, o *quantum* fixado pelo juiz em ação de alimentos está sujeito à mudança, pois, "se depois de fixados, sobrevém mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem as recebe, pode o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exonerção, redução ou agravamento do encargo (CC, art. 401) (Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, 13. ed., Saraiva, 1975, v.2, p.268).

Por sua vez, o art. 402 da lei comum foi revogado pelo art. 23 da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), ao estender, também, aos herdeiros do devedor a obrigação de prestar alimentos tanto aos seus filhos quanto ao cônjuge do falecido.

A inovação introduzida pelo referido diploma apresenta-se-nos sistemática, ao extinguir do nosso direito o consagrado princípio de obrigação personalíssima. Levenhagem considera que "radical e injustificável foi a inovação trazida, nessa parte, pela lei que extinguiu o caráter de obrigação personalíssima, sempre reconhecida pelo nosso direito; ..." (*Do Casamento ao Divórcio*, 3. ed., 1978, p. 173).

Ressalte-se que o direito a alimentos é irrenunciável no que diz respeito apenas ao seu gozo, já que em relação à oportunidade de exercício é plenamente facultada ao interessado. Na obra *Principes de Droit Civil Français*, 3/75, Laurent ensina que "o encargo alimen-

* Procurador do Município. Professor de Direito Comercial da UCSal. Mestre em Direito – UFBA. Advogado.

tar é de ordem pública, imposto pelo legislador por motivo de humanidade e piedade". Daí por que o direito a alimentos pode-se deixar de exercê-lo, mas não se pode renunciá-lo. É o que consta no art. 404 do Código Civil.

Outro aspecto interessante da obrigação alimentar é que esta estende-se em benefício dos filhos ilegítimos, tanto aos adulterinos como aos incestuosos e naturais, os quais podem acionar o pai em segredo de justiça, mesmo antes de proceder à investigação de paternidade e sem que esteja dissolvida a sociedade conjugal (Lei 883, de 21.10.49, art. 4º).

Já os alimentos *provisionais* ou *provisórios*, onde na ação judicial o requerente pede alimentos antes de julgar a questão principal a ser ajuizada no domicílio ou na residência do alimentando (CPC, art. 100, II), o juiz, ao despachar o pedido, os fixará desde logo a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita (art. 4º, Lei 5.478, de 25.06.68), e o seu cumprimento poderá ocorrer mediante desconto em folha de pagamento do alimentando (CPC, art.

734 c/c art. 7º do Dec.-lei 3.200, parágrafo único).

O mesmo Código de Processo Civil, excluindo a hipótese tão-só para pagamento de pensão alimentícia à mulher e filhos dos magistrados, professores e funcionários públicos, soldo de militares e salários em geral, prossegue a penhora judicial nos vencimentos (art. 649, IV).

Por fim, com vistas sempre à efetivação do interesse público, a coerção extrema com vistas a assegurar o cumprimento da obrigação alimentar está estabelecida na lei, com a prisão de um a três meses do alimentante inadimplente ou devedor, somente uma única vez, cuja custódia integral de tal período não o isentará das prestações vincendas ou vencidas e não pagas (CPC, art. 733, §§ 1º e 2º c/c. art. 19 e § 1º da Lei 5.478/68).

Aliás, a Constituição Federal assegura que não haverá prisão civil por dívida, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar (art. 153, § 17).

PROCEDIMENTOS CAUTELARES. O PODER CAUTELAR GERAL

JOSÉ ABREU FILHO *

O Direito Processual tem por objetivo "uma pretensão à tutela jurídica por parte do autor" (1), objetivos estes que se consumam através do exercício das chamadas funções jurisdicionais, voltadas para o conhecimento, a execução e a cautela. Pelo exercício da atividade cognoscitiva, busca-se a verdade que se pretende alcançar no processo, traduzindo o vocábulo "cognição" como "aquisição de um conhecimento". Pela via da função executória, o magistrado se move de meios capazes de permitir-lhe asseguramento de direitos que foram afirmados em determinada decisão judicial ou mesmo em título obtido fora do juízo, dispondo, para tanto, de meios coercitivos que são admitidos pela lei para efetivação de determinada prestação. Finalmente, através da função cautelar, o magistrado se reserva a atribuição que lhe é cometida pela lei de preservar os interesses das partes, resguardando direitos prováveis, procurando impedir que a pretensão deduzida em juízo possa frustrar-se, através da prática de atos lesivos aos interesses de um dos litigantes. Trata-se de uma função de magna importância, motivo por que a leiarma o juiz, no exercício dos misteres cautelares, de amplos poderes, permitindo-lhe a utilização de providências tipicamente cognoscitivas e pondo ao seu dispor medidas de coerção, desde que necessárias à preservação de um direito que não se exige seja certo, mas provável. É função dotada de grande amplitu-

de, evidentemente complexa, em que a atividade jurisdicional pode projetar-se com propósitos meramente cognoscitivos, ter por objetivos o asseguramento da função executória ou ainda se constituir na antecipação da própria prestação jurisdicional.

Entre os diversos aspectos que compõem tão magna função, existe um que se constitui num autêntico desafio à argúcia, à sensibilidade jurídica e à prudência do magistrado, porque a lei concede uma atribuição criativa ao juiz, deferindo-lhe o arbítrio que deve ser, entretanto, moderado, batizado de *Poder Cautelar Geral*, que o magistrado exerce pela via de utilização de providências inominadas ou atípicas. Não somente exercendo esta atribuição, a mais avançada, sem dúvida, mas lidando com providências de tal ordem, deve o juiz ficar atento para o manuseio de tais medidas, que se constituem num autêntico desafio, como advertiu Calmon de Passos, ao prefaciar a primeira edição do meu trabalho sobre a matéria:

"As medidas cautelares desafiam o magistrado como um técnico – reclamando-lhe saber jurídico; mas elas principalmente lhe exigem sabedoria – que é do conhecer do homem reto. Pensadas para tutelar os direitos prováveis, diante da perspectiva de virem a sofrer lesão irreparável, as medidas cautelares, quando manejadas por mãos apressadas ou inteligências descui-

* Desembargador do Tribunal de Justiça da Bahia. Professor na Faculdade de Direito da UCSal.

(1) GOLDSCHIMIDT, *Derecho Processual Civil*, Trad. espanhola, p.2.

dadas, quase sempre redundam no oposto daquilo que deveriam traduzir. Não protegem – esbulham. Não resguardam – violentam. Inspiradas pelo arbítrio, são a imagem viva do antiprocesso, antitutela, do antidi-reito”.

Inúmeros critérios existem para a classificação das medidas cautelares. Predomina, entretanto, na moderna ciência processual, uma preferência pela adoção de uma classificação objetiva que as separa em duas espécies:

Cautelares nominadas ou típicas;

Cautelares inominadas ou atípicas.

As primeiras seriam fruto de uma previsão específica do legislador, disciplinadas através de normas previamente estabelecidas, com *nomen juris* e conteúdo autônomo. Entre tais medidas se incluiriam o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão e aquelas outras medidas cautelares sujeitas a uma disciplinação específica no contexto de nossa legislação processual. Ao lado de tais providências típicas ou nominadas, consagradas pela necessidade do “dia-a-dia”, objeto de uma previsão específica de nosso legislador, outras medidas existiriam, batizadas como inominadas ou atípicas – que, ao contrário das primeiras, não teriam *nomen juris* próprio, nem disciplinação autônoma, deferidas que são ao prudente arbítrio do juiz, inseridas que estão naquela gama de atribuições que se convencionou denominar de poder cautelar geral. Estas providências inominadas ou atípicas, resultantes do poder geral de cautela, que se defere ao magistrado, se respaldam numa atribuição amplíssima, em que a cautela e a garantia ao pretenso direito podem traduzir-se em providências improvisadas – despídas de formas pré-constituídas, sempre inseridas nos limites de um “prudente arbítrio”, destinadas que são a remediar situações que não foram objeto de previsão antecipada. Como bem acentua o eminentíssimo professor Galeno Lacerda, em sua magnífica conferência

sobre o tema dos procedimentos cautelares, proferida no advento da vigente lei processual, o poder cautelar geral deve existir em qualquer Código de Processo que se preze, porque há sempre a necessidade de se obter do juiz providências não nominadas na lei (na parte especial) capazes de autorizar a garantia ao pretenso direito e ante a ameaça de dano irreparável (2).

O poder geral de cautela, portanto, é providência da maior valia e do mais vasto alcance, instrumental que a nossa lei defere ao magistrado para que ele assuma função criativa, de grande responsabilidade, para ser manejada com prudente arbítrio. Essa atribuição tão vantajada é admitida pela legislação processual moderna dos diversos povos, sempre para permitir ao juiz que possa socorrer um direito ameaçado de lesão, ante a falta de um remédio expressamente admitido pela lei. Este poder geral de cautela encontra previsão legal no dispositivo do art. 798 de nosso Código de Processo vigente, cuja disposição merece transcrição integral:

Art. 798:

“Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as 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”.

E complementa o legislador o princípio do artigo que transcrevemos, assinalando na disposição seguinte – art. 799 – a norma que também será transcrita integralmente:

“No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósitos de bens e impor a prestação de caução”.

(2) GALENO LACERDA, *Processo Cautelar*, p. 132.

Os dois princípios legais que acabamos de transcrever dimensionam essa gama de atribuições deferidas aos magistrados, merecendo ambos uma análise interpretativa de nossa parte. Em primeiro lugar, evidencia-se, da simples leitura do art. 798, que nosso legislador adotou, na classificação dos procedimentos cautelares, a divisão bipartida, coerente com a moderna doutrina processual que separa as providências cautelares em nominadas e inominadas. Tanto assim é que o Código faz referência aos procedimentos cautelares específicos, na parte introdutória do art. 798, o que significa a adoção da divisão aludida (procedimentos específicos – ou típicos e nominados e inespecíficos – ou inominados ou atípicos). Esses procedimentos cautelares inespecíficos (ou inominados e atípicos) se constituem, ousrossim, numa *faculdade* que se defere ao juiz. É o que se conclui da utilização da expressão “poderá o juiz determinar”, que encerra uma atribuição facultativa, evidentemente. Não se trata, contudo, de uma faculdade indimensionsada, arbitrária, ilimitada. Não. É uma faculdade, sem dúvida alguma, porque fixada dentro dos limites do arbítrio judicial, uma vez que o legislador não impõe ao juiz que defira medida de tal porte, sendo, entretanto, uma faculdade condicionada a limites que o próprio legislador procura fixar no próprio contexto da norma do art. 798, quando registra que para tanto mister se fará que haja fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (parte final do art. 798 do Código de Processo Civil).

Caberá, portanto, ao juiz, diante de cada caso concreto, decidir-se pela utilização ou não do poder que a lei lhe defere. Deverá verificar em primeiro lugar se o caso não comporta uma cautelar nominada ou um procedimento específico, hipótese em que não se lhe defere o direito de improvisar, nem o de decidir *ex officio*. Vencida esta etapa de aferição de necessidade da utilização do seu poder geral de cautela, o magistrado de-

verá descer a uma outra análise, consistente na indagação da ocorrência ou inocorrência das circunstâncias enunciadas na parte final do art. 798. Para tanto deverá pesquisar, na realidade do caso concreto, se realmente existe um “fundado receio” de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

O “fundado receio” é aquela situação fática que faz evidenciar a iminência da prática, por uma das partes, antes da decisão da causa, de ato de gravidade, comprometedor do provável direito da outra. Mister se faz, portanto, que o juiz, da análise das circunstâncias de fato, se aperceba de que é bem provável a ocorrência de tal lesão, lesão esta que poderá acontecer antes do julgamento da lide. Sem este “fundado receio”, a utilização do poder cautelar geral não encontrará respaldo na lei que o disciplina e no artigo que o admite (798). Afara este temor da ocorrência de um comprometimento ao direito posto em juízo, o juiz também deve estar convencido de que o ato que se teme praticado irá causar um dano vultoso, considerável, e que não enseje uma reparação fácil. Quanto ao receio de dano, assinalemos que nosso legislador postou-se ao lado da concepção de Liebman, que não exige a *certeza*, meramente sua probabilidade, e, no que concerne à gravidade da lesão, sublinhe-se que esta característica é *sine qua non* para o deferimento da cautelar fundamentada no poder geral que se defere ao juiz. É bom que se registre que, se não há gravidade evidente, ou se o lesionamento for de fácil reparação, não haverá respaldo para o deferimento da cautelar, que não deverá ser concedida pelo magistrado.

Ocorrendo, assim, as circunstâncias previstas expressamente no art. 798, parte final, estará o juiz autorizado por lei a se valer do seu poder geral de cautela, utilizando-se dos meios que entender necessários ao resguardo do direito ameaçado. O art. 799, que transcrevemos, estabelece que, concorrendo as circunstâncias explicitadas no artigo anterior (798), o juiz poderá (sempre uma

faculdade) para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósitos de bens e impor a prestação de caução.

Evidentemente que se trata, esta disposição do art. 799, de regra exemplificativa, porque nesta matéria de poder cautelar geral e na seara das cautelares inominadas, atípicas ou inespecíficas, o poder do magistrado não pode sofrer de limitações preestabelecidas, uma vez que, como já temos sublinhado, o que prevalece é a improvisação. O juiz tem, quanto à matéria, amplo poder criativo, assumindo, assim, uma função tipicamente supletiva, concebendo medida adequada para a solução de uma ameaça não prevista de forma específica. Como já dissemos, tudo fica confiado ao seu arbítrio e ao exame das circunstâncias das ocorrências concretas, confiando-se que tal arbítrio se amolde e se contenha nos limites da prudência que deve nortear os atos judiciais. Destarte, o art. 799 apenas exemplifica algumas medidas que o magistrado poderá fazer uso, acontecendo as circunstâncias tipificadas no artigo anterior, o 798. A doutrina tem entendido que o dispositivo do art. 799 não é de natureza taxativa. A respeito, merece transcrição o pronunciamento do eminentíssimo processualista Galeno Lacerda:

“Tivemos o cuidado de frisar acima que todo o enunciado do artigo 799 é exemplificativo do amplíssimo poder cautelar geral, inominado e discricionário, que o Código confere ao juiz no artigo 798. Sob pena de contradição inadmissível, porque cerceadora desse poder, de atuação necessariamente imprevisível pelo legislador, porque imposta pela exigência concreta dos fatos, nas situações infinitas da vida, o conteúdo do artigo 799 não pode ser tomado como restritivo da discrição do juiz nesta matéria”⁽³⁾.

De sorte que, na utilização do seu poder geral de cautela, o magistrado estará legitimado a praticar aqueles atos enunciados no art. 799, autorizando ou vedando a prática de determinados atos, prescrever a guarda judicial de pessoas, o depósito de bens e determinar que seja prestada caução, tudo de acordo com a enunciação exemplificativa do art. 799, ficando, assim, credenciado a determinar providências que lhe parecerem convenientes, concebendo meios e maneiras de resguardar direitos que estesjam sujeitos a uma grave ameaça. Legitimado estará, portanto, o juiz, a deferir qualquer providência desse tipo, que o caso concreto trazido à sua apreciação exija, toda vez que se deparar com as circunstâncias previstas no art. 798 e se concluir que os pressupostos indispensáveis ao respaldo da tutela cautelar se acham presentes, evidenciados, assim:
a – a existência de um direito provável;
b – o vislumbre do comprometimento do direito da parte pelo retardamento da prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*)

Assim, para o deferimento de uma cautelar inominada ou atípica, faz-se mister que o magistrado examine, nos meandros do caso concreto posto *sub judice*, a coexistência dos seguintes elementos, que poderão permitir a elaboração da fórmula seguinte:

Fundado receio de lesão grave e de reparação difícil (*periculum in mora*)
+ *fumus boni juris* + inexistência de uma cautelar nominada ou típica
= *Cautelar inominada ou atípica*.

O eminentíssimo processualista Lopes da Costa, em seus estudos sobre a matéria e após assinalar que tais medidas são sempre deferidas pela lei ao arbítrio do juiz, pondera, entretanto, que “esse arbítrio, porém, não é inteiramente livre, mas vinculado. A medida deve conter-se nos limites do pedido. Pode, porém, o juiz dele desviar-se, quando a providência pleiteada é incabível e a que ela se subs-

(3) GALENO LACERDA, *Comentários*, p. 176.

titui tende à mesma finalidade (4)".

No direito estrangeiro, não há diversificação de conceitos, admitindo todo esse poder cautelar geral, de acordo com as necessidades do caso concreto e sempre que não haja, para o caso, na lei, uma disciplinação específica. Podetti, por exemplo, dissertando sobre o assunto, em sua obra, adverte com muita objetividade:

"La medida cautelar genérica o innominada, es la que puede dictar el juez, atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de asseguramiento" (5).

Registra, portanto, o ilustre processualista argentino, como se depreende do texto que acabamos de transcrever, aquela característica do poder cautelar geral, consistente no arbítrio judicial, quando emprega a expressão *es la que puede dictar el juez*, condicionado tal arbítrio à inexistência de providência cautelar típica ou nominada.

A inexistência de uma cautelar específica, bem como o temor da ocorrência de um dano, portanto, são sempre indispensáveis para o deferimento de uma cautelar inominada. A respeito registra Calamandrei que a cautela geral é admitida sempre que não haja providência cautelar específica e se anteveja a possibilidade de um dano, resultante do retardamento do processo principal (6).

No exercício desta faculdade de socorrer direitos ameaçados de lesão suficientemente grave, o juiz, como dissemos, dispõe de amplos poderes e se lhe confere a possibilidade de criar o que necessário for para resguardar o interesse da parte requerente. A doutrina aponta exemplos retirados do dia-a-dia forense, em que esta criatividade desabrocha aqui e ali, ao sabor das conveniências e sempre voltada para os objetivos da

cautela. Na obra de Lopes da Costa colhem-se dois exemplos significativos, transcritos pelo eminentíssimo processualista. O primeiro foi retirado da obra de Calamandrei em que se registra um caso, deveras interessante, que foi apreciado por um tribunal francês. Determinado pintor, responsável pela decoração de uma sala existente numa casa noturna, pintou nas paredes sátiros e ninjas, muito pouco vestidos e portando atitudes não-recomendáveis. Determinada atriz, reconhecendo-se numa das pinturas, ajuizou uma ação pedindo que seu retrato fosse apagado daquelas decorações. Enquanto a causa não se decidisse, continuaria ela a sofrer os danos, que desejava erradicar, ofensivos à sua dignidade pessoal. Em tal caso, reconhecido o *periculum in mora* e a gravidade do dano, a cautelar inominada se constituiria na determinação de cobrir a figura, como se determinou, até que a causa fosse desatada. Cita também Lopes da Costa uma outra ocorrência, consistente no fato de determinada companhia exploradora do ramo de eletricidade fazer passar perto da janela de uma casa fio de alta-tensão. A cautelar inominada consistiria, como adverte o douto processualista, na proibição da ligação da corrente, até que a causa fosse desatada (7).

No exercício da judicatura da comarca da Capital e titular, à época, da Terceira Vara Cível e Comercial, tivemos ensejo de apreciar e decidir rumo a caso, entre sócios integrantes de conceituada empresa e sua diretoria, pretendendo aqueles que se lhes deferisse medida cautelar inominada, com a finalidade de impedir a realização de uma assembleia geral ordinária, que fora convocada pela firma requerida, com o fundamento em estar a empresa criando obstáculos à transferência de ações

(4) LOPES DA COSTA, *Medidas Preventivas*, 3. ed., 1966.

(5) RAMIRO PODETTI, *Tratado "de las medidas cautelares"*, Buenos Aires, Ediare Editores, 1956.

(6) CALAMANDREI, *Introduzione*, p. 47.

(7) LOPES DA COSTA, obra citada, p.22-23.

que haviam adquirido, de forma legal, impedindo, assim, a participação deles adquirentes em assembleias já efetivadas, com cerceamento de direitos legítimos resultantes da condição de acionistas da firma demandada. Temerosos que a situação perdurasse e que lhes fosse vedado o direito à participação na nova assembleia que fora convocada, os possuidores pediram e obtiveram a sustação desta, até que se consumasse a transferência das ações e se lhes garantisse o exercício dos direitos resultantes da situação de acionistas. O pedido foi deferido.

O poder cautelar geral, portanto, ensejando ao magistrado a faculdade de criar soluções para os assuntos mais diversificados, através das medidas cautelares atípicas ou inominadas, não está submisso a regras preestabelecidas. Exige-se, apenas, que haja um direito provável a resguardar (*fumus boni juris*), direito este ameaçado de lesão grave, de reparação difícil e comprometida com o retardamento da decisão da lide (*periculum in mora*). No exercício de tão admirável e perigosa atribuição, em que se admite o arbítrio judicial, deve o magistrado, sobretudo, ser *prudente*, evitando excessos e recuos, adotando aquela postura recomendada por José Maria

Rosa Tesheimer, em seu aplaudido estudo sobre as medidas cautelares:

“Sem dúvida, há que ser prudente o juiz, rigoroso na apreciação da probabilidade da existência do direito ameaçado e do perigo da ineficácia prática da sentença definitiva; há de sopesar os danos que a concessão da medida poderá causar com os danos que poderão resultar da sua denegação; poderá exigir caução; mas não deve rejeitar o pedido sob o fundamento de que o legislador não previu a medida solicitada: adequar a lei ao caso concreto é função do juiz também quando se trata de pretensão à segurança”⁽⁸⁾.

O poder cautelar demanda, pois, do juiz uma postura equilibrada, sem os excessos resultantes de um arbítrio imprudente e desmedido, nem exagerados temores que poderão deixar um direito provável sem a necessária proteção, vitimando, muitas vezes, por um dano de natureza irreparável. A cautelar inominada, como lídima expressão do poder cautelar geral, é, dessa forma, um autêntico desafio à argúcia e ao equilíbrio do magistrado.

(8) JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Medidas Cautelares*, Saraiva, 1974, p. 45.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA. LIMITE DE IDADE. MÉDIA MÍNIMA EXIGIDA PELA LEI EDITALÍCIA.

Julga-se prejudicado o pedido de segurança, não obstante a liminar concessiva nos termos do inc. XXX da carta política da República, quando o impetrante obtém a média mínima exigida pela lei editalícia. Perda de objeto.

Mand. de Seg. 40/90. Relator: Desa. CELSINA REIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança tombados sob n. 40/90, da Capital, em que são partes, como impetrante, Umberto Teixeira e impetrado o Exmo. Sr. Des. Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Juiz de Direito Substituto.

Acordam os desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em julgar prejudicado o pedido interposto e o fazem pelas razões seguintes.

Umberto Teixeira, identificado na inicial, pediu segurança contra ato do Exmo. Sr. Des. Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Juiz de Direito Substituto, eis que se sentiu preterido em seu direito subjetivo de se submeter ao Concurso para Juiz de Di-

reito Substituto, em virtude de o edital de convocação estabelecer o limite máximo de idade – 45 anos –, impedindo o impetrante de seu propósito, posto que já ultrapassara a cota etária ali estabelecida.

Concedida a liminar, a digna autoridade impetrada deu informações e o doutor procurador, ouvido em seu parecer, opina pelo deferimento da segurança, em face do preceito constitucional em vigor, consubstanciado no art. 37, I.

Não obstante a liminar concessiva e parecer favorável da douta Procuradoria, está prejudicado o pedido.

Instruindo o processo para julgamento do mérito, chega-nos, através de ofício da excelentíssima autoridade impetrada, que o impetrante não logrou êxito no concurso a que se submeteu, uma vez que não obteve a média exigida pela lei editalícia, para ingresso na carreira de magistrado, o que enseja julgar prejudicado o pedido pela perda de objeto.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 10 de maio de 1991. Mário Albiani – Presidente. Celsina Reis – Relatora.

MANDADO DE INJUNÇÃO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE: AUSÊNCIA DE

Bahia For.	Salvador	v.35	p.57/150	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	----------	-----------	------

NORMA REGULAMENTADORA. INVIABILIDADE DA INJUNÇÃO PARA OBTER MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS.

A ausência de norma regulamentadora é um dos pressupostos de admissibilidade do mandado de injunção. Se existe a lei, embora esta, na visão do impetrante, não atenda ao preceito constitucional da isonomia, a pretensão por essa via manejada, em última análise, consiste em fazer corrigir a ilegalidade ou a inconstitucionalidade existente – objetivo que não pode ser alcançado através da injunção. Assim, a majoração de vencimentos de servidores públicos, que são já fixados em lei, não pode ser perseguida com o mandado de injunção, que se converteria, se prosperasse, em sucedâneo da ação judicial pertinente a esse propósito.

Mand. de Inj. 01/90. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de injunção 01/90, de Salvador, em que são partes, como impetrante, o SINDIFAZ – Sindicato Único dos Servidores Fazendários do Estado da Bahia, e, como impetrado, o Exmo. Sr. Governador do Estado da Bahia.

Acordam os desembargadores-membros do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sua composição plena, rejeitada a preliminar de ilegitimidade processual do impetrante, julgá-lo carecedor da ação intentada e, consequentemente, extinguir o processo sem desate do mérito, e o fazem pelas razões seguintes.

Adota-se, a título de relatório, o lançado pela douta Procuradoria de Justiça, à fl. 143.

Tramitação regular.

Como evidenciado pelo relatório, alça o impetrado, em suas informações, à fl. 114, preliminar de ilegitimidade

processual do impetrante, com fundamento em que não é ele “Sindicato” e que, de “Sindicato”, tem apenas o nome.

A espécie mereceu cuidadoso exame do Ministério Público que, literalmente, a esgotou. Integram-se ao presente aresto, pela sua propriedade, as razões ali expandidas.

Com efeito, o agasalho da tese esparsa pela autoridade indigitada coautora significaria, *data venia*, injustificada homenagem ao formalismo, que a sistemática processual vigente buscava temperar, para podar-lhe os excessos. Como realçado, o Sindicato impetrante foi registrado no órgão competente (fl. 31), ganhou personalidade jurídica e encaminhou pedido de registro à Delegacia Regional do Trabalho (fl. 33). A sua capacidade processual é, portanto, manifesta.

Rejeita-se a preliminar.

No mérito, integram-se, por igual, ao julgado os argumentos alinhados pela douta Procuradoria Geral de Justiça, a respeito (fl. 146).

A questão não é nova.

Ao julgamento de agravo regimental no mandado de injunção 81-6/DF, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, relator o ministro Celso de Melo, em sessão de 20 de abril de 1990, negou provimento ao recurso, em aresto que vale trazer à colação, no seu todo:

“O senhor ministro Celso de Mello: Neguei trânsito ao presente mandado de injunção em despacho exarado nos seguintes termos:

‘Servidores públicos pertencentes aos quadros do Ministério do Trabalho impetram mandado de injunção, buscando, a partir da implementação da norma inscrita no art. 39, § 1º, da Constituição Federal, obter isonomia de vencimentos com relação aos funcionários do extinto Ministério da Reforma e Desenvolvimento Agrário – MIRAD.

A pretensão deduzida pelos impetrantes, contudo, não se concilia com a natureza do mandado de injunção, cujo pressuposto basilar é a ausência de norma regulamentadora, a impedir a atua-

ção plena de preceito constitucional e dos direitos, liberdades ou prerrogativas nele fundados.

Nesse sentido é o parecer da Procuradoria Geral da República, que acentuou, *verbis*:

– (...) os vencimentos dos servidores públicos são fixados por lei.

Assim sendo, é certo que, no caso dos autos, existe lei. Apenas, no entender dos impetrantes, essa lei não atende ao preceito constitucional já apontado. Mas o mandado de injunção não é meio de corrigir ilegalidade nem inconstitucionalidade. Um de seus pressupostos é falta de norma jurídica, objetivamente aferida, sem que se cogite do motivo nem das circunstâncias que a determinam. Por isso, a inconstitucionalidade de norma em vigor não comporta correção por meio do mandado de injunção. Na verdade, o que os impetrantes pretendem é aumento de vencimentos, mediante a alteração da lei que os fixou. E a esse fim não se presta o mandado de injunção.

Por tudo isso, nego seguimento ao presente *writ* (RISTF, art. 21, § 1º).

No agravo regimental, retomam os impetrantes os argumentos da impetração, enquanto atacam, na decisão agravada, a afirmação de que não ocorre, *in casu*, lacuna legislativa: 'Se acaso existisse lei disposta sobre vencimentos e se tal lei não assegurasse aos servidores da administração a propalada isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas – essa lei não estaria dando cumprimento ao princípio constitucional, de tal forma que inviável seria o exercício dos direitos constitucionais assegurados aos servidores, se não porque insuficiente para este resultado – o que implicaria lacuna na norma – então porque norma inconstitucional significa norma nula de pleno direito, portanto, inexistente'.

É o relatório.

Voto

O senhor ministro Celso de Mello (relator): A confusa petição de agravo

regimental não logra desautorizar o fundamento básico da decisão que pretende ver modificada: o da efetiva existência de lei fixadora de vencimentos dos servidores públicos.

Essa lei – como de resto qualquer outra dentro do ordenamento jurídico – é presumida constitucional, até que, por decisão de órgão judiciário, se lhe recuse validade, quer no plano formal, quer no aspecto material (RTJ 66/631). A exclusão desse ato estatal, do sistema de direito positivo, porém, só se dará se proclamada a sua inconstitucionalidade em tese, pelo Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, que em face do caso concreto venha a sua eficácia a ser suspensa por Resolução do Senado Federal.

Não cabe, contudo, aqui e agora, tecer considerações sobre os efeitos a que a declaração de inconstitucionalidade possa dar lugar. Não é o mandado de injunção a sede adequada para controle de constitucionalidade, sequer *incidenter tantum*. Até porque, sendo a ausência de norma o seu pressuposto maior, nem mesmo se pode cogitar dessa indagação. Na análise da estrutura constitucional do mandado de injunção, constata-se desde logo – e é o elemento que interessa ao caso presente –, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, 'a falta de norma regulamentadora'.

Essa situação de lacuna técnica, 'ou seja, da ausência de uma norma imprescindível para que outra produza efeitos jurídicos' (Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, Saraiva, 1989, p. 38; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1962, v.2, p.111-112) –, embora pressuposto necessário da impetrabilidade do mandado de injunção, não é, por si só, requisito suficiente, pois a regra institutiva desse *writ* impõe, ainda, a existência de um nexo causal entre o *vacuum juris* e a impossibilidade de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Irineu Strenger, *Mandado de Injunção*, 1988, p.6 e 15).

O magistério do eminentíssimo constitu-

cionalista Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1989, v. 1, p.207) é categórico nesse sentido: 'O mandado de injunção será concedido sempre que a falta de inexistência de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania'.

Foi precisamente essa a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal não conheceu, unanimemente, de mandado de injunção, que havia sido originariamente impetrado perante esta Corte: 'Destina-se o mandado de injunção a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora o impeça...' (MI n. 24-7-DF – Medida Liminar, rel.-min. Célio Borja, Plenário, *DJ* 02.12.88, p. 31.891).

O mandado de injunção não constitui, dada a sua precípua função jurídico-processual, sucedâneo de ação judicial que objetive, mediante alteração de lei já existente, a majoração de vencimentos devidos a servidores públicos. Refoge ao âmbito de sua finalidade corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato estatal em vigor.

Tendo presentes estas considerações, nego provimento ao agravo regimental".

O Supremo Tribunal, por unanimidade, acolheu o entendimento do relator, negando provimento ao recurso.

Ainda no âmbito do mandado de injunção 168-5-RS, relator o ministro Sepúlveda Pertence, em decisão também unânime do Supremo Tribunal Federal de 21 de março de 1990, assentou a Corte: "O mandado de injunção, desse modo, nem autoriza o Tribunal a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, pela edição de ato normativo que lhe faça as vezes, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de execução da norma regulamentadora que acaso editasse" (*Ementário*

1.577-01 – Tribunal Pleno).

A espécie examinada pela Corte Suprema é idêntica à versada nestes autos e, por isso mesmo, outro não poderia ser o tratamento a emprestar-lhe.

Contudo, não fora apenas a ausência desse pressuposto e dois óbices ainda se oportuam ao trânsito deste *mandamus*.

Em primeiro lugar, cumpre observar que não é qualquer direito, embora derivado da Constituição, que pode ser amparado pelo mandado de injunção. A propósito, escreveu J. J. Calmon de Passos: "O inciso LXXI do art. 5º fala em direitos e liberdades constitucionais, o que, se interpretado de modo literal, conduziria ao entendimento de que todo e qualquer direito, cuja matriz originária seja a Constituição, comportaria tutela pelo mandado de injunção, atendidos seus demais pressupostos. Esse entendimento nos parece desacertado. A competência deferida ao Judiciário para suprir a falta de norma regulamentadora decorre, necessariamente, da previsão constitucional da imediata vigência de suas normas de eficácia limitada ou contida... E essa vigência imediata só foi deferida no tocante a normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o que se restringe a quanto previsto nos capítulos do Título II, numa interpretação bem lata, dado que a condição de parágrafo do art. 5º do dispositivo em causa, em boa técnica legislativa e sem equívoco hermenêutico, conduziria ao entendimento de que só quanto ao prescrito no art. 5º, ele se reportaria" (*apud Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Ed. Forense, 1989, p. 110).

E como realçado pela autoridade informante, "... Os direitos alcançados pelo mandado de injunção são, portanto, com apoio nos comentadores da Constituição, os relacionados nos diversos capítulos de seu Título II, ou seja, os direitos e garantias fundamentais, que abrangem os direitos individuais e coletivos e os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. E a isonomia, cuja efetividade pretende o impetrante,

é direito que não se insere dentre os que estão acima enunciados" (fls. 123/124).

Mas, não é só. Ainda um obstáculo poderia ser alinhado: a questão da alocação de recursos. Foi também discorrido sobre os pressupostos do mandado de injunção que advertiu Calmon de Passos: "Entendemos, entretanto, descerber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie". E arremata: "A competência deferida ao Judiciário... não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral" (*op. cit.*, p. 112).

Inviável, pois, a tutela, se inexistentes os recursos que deveriam supor-tá-la.

"A viabilidade do meio processual escolhido liga-se ao próprio interesse de agir, situando-se, pois, entre as condições da ação. Se o autor não tem a ação que aforou dela é carecedor" – foi o quanto decidiu o 2º TACFv.-SP, em sessão plena de 07.03.74 (no mandado de segurança 13.899, da Capital, rel. juiz Salles Abreu – *in O Proc. Civil à Luz da Jurisprudência*, Alexandre de Paula, Forense, 1982, v. 3, p.129). Evidentemente, a inadequação da providência jurisdicional invocada à solução do interesse objeto da lide conduz à falta de interesse e, consequentemente, à carência de ação.

A hipótese, a todas as luzes, é na realidade de extinção do processo, com

esteio no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, sem desate do mérito, haja vista, repita-se, a impropriedade do meio processual eleito pelo Sindicato impetrante.

Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, a tais fundamentos.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 8 de março de 1991. Mário Albani – Presidente. Paulo Furtado – Relator.

CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO NÃO ATENDIDA PARA HABILITAÇÃO AO CARGO NA DATA DA INSCRIÇÃO.

Não apresentado, no prazo assinado, o documento comprobatório da conclusão do curso de auxiliar de enfermagem, devidamente registrado no Conselho Regional de Enfermagem; não há o alegado direito lícito e certo da impetrante a ser protegido pela segurança requerida. Pedido denegado.

Mand. de Seg. 84/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 84/89, da Capital, em que é impetrante Marisa Binderl Gaspar Cruz e impetrado o Exmo. Sr. Secretário da Administração do Estado da Bahia.

Acordam, à unanimidade, os desembargadores das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia que participaram do julgamento em denegar a segurança pleiteada, pelas razões seguintes:

Marisa Binderl Gaspar Cruz impetrhou o presente *writ*, requerendo, preliminarmente, a concessão dos benefícios da Justiça gratuita, por não ter condições financeiras para arcar com as despesas judiciais e de advogado.

Alegou que se submeteu a concurso

público para o cargo de auxiliar de enfermagem, tendo logrado aprovação no 139º lugar, conforme publicação no Diário Oficial de 17 de novembro de 1988; que, pelo Diário Oficial de 10 e 11 de setembro de 1988, foi publicada a convocação dos candidatos aprovados para apresentarem os documentos necessários ao aproveitamento de cada um, o que foi atendido pela impetrante.

Disse, ainda, a impetrante que, inexplicavelmente, no Diário Oficial de 17 de janeiro de 1989, sob a lacônica justificativa de que os desclassificados ou apresentaram documentação que não satisfez às exigências do edital ou não a apresentaram, sequer, indicou o imetrado qual o documento que não satisfez, cerceando, assim, o direito de defesa da impetrante, como candidata, cuja classificação lhe permitia ser empossada no cargo, já que o número de vagas é 739.

Deferida a medida liminar requerida por despacho, de fls. 19v. e 20, vieram aos autos as informações do imetrado, às fls. 22/26, nas quais enfatiza não ter havido ofensa ao direito subjetivo da impetrante, porque o ato que resultou o presente *mandamus* "se pautara estritamente nos termos contidos nas normas editalícias, que impunham aos candidatos, desde a inscrição – e não após esta, como a interessada parece estar a advogar –, a habilitação profissional ali exigida".

Às fls. 43/44, o doutor procurador de Justiça apresentou judicioso parecer, no qual concluiu pela denegação da segurança, porque "a impetrante, ao ser convocada, não apresentou, no prazo que lhe foi assinado, o documento comprobatório da conclusão do curso".

É o relatório.

Colhe-se dos autos que a impetrante alega ter sido aprovada no concurso e, assim, tem direito líquido e certo à classificação, para fim de ser empossada no cargo para o qual correu.

Assim é que, manifestando-se, à fl. 32, sobre as informações do imetrado,

esclarece que, "além de possuir habilitação profissional há mais de 12 anos, contribui, regularmente, com o seu órgão de classe, só lhe faltando o registro do diploma, em razão de sua mudança de nome com o matrimônio e da burocracia reinante na Secretaria da Educação".

Ora, como acentua o doutor procurador de Justiça em seu parecer, observa-se, claramente, dessa explicação da impetrante que, no prazo do edital, a mesma requerente não apresentou o documento comprobatório da conclusão do curso, devidamente registrado no Conselho Regional de Enfermagem, conforme exigência explícita constante do capítulo IV – Das Inscrições, item 6.15, do edital do concurso, como se vê da cópia xerografada, de fl. 28.

Em face do exposto, não há direito líquido e certo da impetrante a ser reconhecido e protegido pelo presente *mandamus*, por isso, nega-se a segurança pleiteada, deferida a gratuidade requerida.

Sala das Sessões, 8 de março de 1990. Wilde Lima – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

IMPEDIMENTO DO JULGADOR. CASOS TAXATIVAMENTE ENUMERADOS PELO ART. 134 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Os casos de impedimento do julgador estão, de forma exaustiva, enumerados no art. 134 do Código de Processo Civil. A eles não pode a parte acrescentar nenhum outro, tanto mais quando os fatos alinhados, como calço da argüição para viabilizar a rescisória, estão absolutamente despidos de qualquer elemento de prova e, verdadeiros que fossem, ainda assim não se prestariam ao objetivo perseguido.
Ação Resc. 08/85. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação rescisória 08/85, da Capital, em que são partes, como autor, a Sodic - Sociedade Distribuidora de Combustíveis Ltda., - e, como réus, Manoel Marinho Costa, Esoo Brasileira de Petróleo S.A. e Manoel dos Reis Borges.

Acordam os desembargadores-membros das egrégias Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em julgar improcedente a ação, e o fazem pelas razões seguintes.

Integram-se ao presente arresto as considerações expendidas pela douta Procuradoria de Justiça, em seu pronunciamento de fls. 198/199.

Com efeito.

De ver-se que nenhuma das bases jurídicas invocadas pela autora, como lastro da rescisória, subsiste.

Quanto à primeira (art. 485, II, CPC), o impedimento do desembargador-relator decorreria do fato de haver o patrono da demandante conhecido, ao acaso, o teor do acórdão afinal prolatado, no escritório de advogado que, como evidenciado às fls. 99 dos autos, era estranho à lide e às partes.

Ora, os casos de impedimento do julgador estão, de forma exaustiva, enumerados no art. 134 do Código de Processo Civil. A eles não pode a parte acrescentar nenhum outro, tanto mais quando os fatos alinhados, como calço da argüição para viabilizar a rescisória, estão absolutamente despidos de qualquer elemento de prova e, verdadeiros que fossem, ainda assim não se prestariam ao objetivo perseguido.

“O impedimento – leciona Celso Agrícola Barbi – constitui uma *proibição*, dirigida ao juiz, de funcionar nas causas em que acontecem as circunstâncias enumeradas no citado art. 134. Characteriza-se porque a lei considera tão relevantes esses motivos, que o defeito do processo sobrevive até mesmo ao trânsito em julgado da sentença, proferida por juiz impedido. ... Os casos de

impedimento constantes do art. 134 contêm verdadeira presunção *juris et de jure* de parcialidade. São todos eles fundados em fatos objetivos, de fácil comprovação, não dependendo do sentimento real do juiz em relação aos participantes do processo, nem de ter ele interesse efetivo no seu desfecho” (*apud Comentários ao CPC*, Forense, 1. ed., 1975, v. 1, t. 2, p. 548 e 549). E quais são esses casos? Dispõe o art. 134 referido:

“É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa”.

Os fatos narrados pela autora não se ajustam, sequer de longe, a qualquer destas hipóteses. E, talvez mesmo por isso, o Ministério Público não lhe tivesse dado grande atenção em seu pronunciamento, tal a fragilidade da argüição, *data venia*.

Quanto ao segundo lastro jurídico invocado para a rescisória (art. 485, V, CPC), a violação a literal disposição de lei residiria em que, nos termos do art. 159 do Código Civil brasileiro, em qualquer hipótese, “... a obrigação de reparar o dano só poderá ser imposta, por sentença, àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, situação em que não se

encontra, em face da prova dos autos, a autora desta rescisória" (fl. 5).

Em verdade, "... A violação do direito expresso, para fins de ação rescisória – art. 485, V, do Código de Processo Civil –, corresponde à desconsideração pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação, no caso concreto, implique atentado à ordem jurídica", consoante decidiu o então Tribunal Federal de Recursos, pela sua 1^a Seção, em 03.10.84, na ação resc. 516, rel.-min. Flaquer Scartezzini (*in Rev. dos Tribs.*, v. 128, p. 3). Não é, em absoluto, o que ocorre na espécie. O que se alega – conquanto não se o diga expressamente – é que a decisão teria apreciado mal a prova, para aplicar a regra de direito que aplicou. E, como sabido, "... A injustiça da sentença resultante da má apreciação da prova não autoriza o exercício da ação rescisória..." (cf. ac. unân. das Câms. Reuns. do TA-MG, de 17.08.76, na ação resc. 23, rel.-juiz Walter Machado; *apud Rev. dos Tribs.*, v. 514, p. 237). Mais incisivo o TJ-SC: "O fundamento da ação rescisória reside na nulidade da sentença e não na injustiça da decisão; consequentemente, é inadmissível para reexame da prova com a finalidade de corrigir suposta injustiça na sua apreciação" (ac. unân. das Câms. Reuns., de 14.10.81, na ação resc. 283, rel.-des. Nelson Konrad; *in Jurisp. Catarinense*, v. 35, p. 359).

O julgado rescindendo emprestou razoável interpretação ao dispositivo legal invocado pela parte como violado, não se vislumbrando, de forma alguma, o ferimento que justificaria a rescisão.

No tocante ao terceiro esteio jurídico, o erro de fato, (art. 485, IX, CPC), também, aqui, é evidente a sem-razão da autora. Segundo esta (fl. 7), consistiria ele no próprio argumento de que se utilizou o acórdão para excluir a responsabilidade do vendedor, Neco Borges: "... por falta de causa eficiente ou de concorrência de culpas, ao receber a lata de querosene fechada e fechada tê-la vendido ao autor da ação de indenização. Também a Sodic enlatou o produto –

querosene – diretamente do tanque a ele destinado e como o recebera da Esso, sem que pudesse, por qualquer meio, evitar o enlatamento contendo a gasolina" (fl. 7).

O Supremo Tribunal Federal assentou que "... Somente se admite a rescisória fundada no inc. IX do art. 485 do Código de Processo Civil, quando for razoável presumir que o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova, e não quando a apreciou e, bem ou mal, firmou sua convicção" (ac. unân. em sessão plena, de 05.09.79, na ação resc. 991-PB, rel.-min. Cunha Peixoto; *in Rev. Trim. de Jurisp.*, v. 98, p. 972). E estas mesmas Câmaras Cíveis Reunidas, em julgamento unânime da ação resc. 33/82, de 3 de outubro de 1985, de que foi relator o signatário, decidiram: "O erro de fato, contemplado no inc. IX do mencionado art. 485, não se confunde com a injustiça da decisão, resultante de má apreciação da prova. Consiste, sim, na admissão de um fato inexistente ou em considerar-se inexistente um fato efetivamente ocorrido, além de que necessários se tornam pressupostos para que o erro enseje a rescisão: que nele se tenha fundado o julgado; que seja apurável mediante simples exame dos documentos e demais elementos dos autos; que não tenha havido controvérsia sobre o fato; que dele não se haja ocupado algum pronunciamento judicial" (*apud O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, Alexandre de Paula, 1. ed., Forense, 1989, v. 12, Suplemento 1, p. 308 n. 28.175).

No caso, quer a autora vislumbrar o erro de fato na circunstância de ter o acórdão utilizado argumento para excluir a responsabilidade de um dos demandados, que não usou para si, litisconsorte passivo em situação, segundo alega, idêntica. Não se trata, absolutamente, de erro de fato, ensejador da rescisão e de que trata o aludido inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, julga-se improcedente a ação, condenada a autora nas custas do processo e honorários ad-

vocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa (em face de tratar-se de feito desatado antecipadamente), revertido o depósito em favor dos réus, na forma do art. 494, parte final, do Código de Processo Civil.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 14 de março de 1991.
Wilde Lima – Presidente. Paulo Furtado – Relator.

curso de apelação.

Esse recurso, subscrito pelo procurador do município, foi inadmitido pela juíza do primeiro grau de jurisdição, sob o argumento de que, tendo o município constituído a advogada Magnalva Ribeiro para funcionar no feito, somente a esta seria lícito subscrever o recurso.

Inconformado com essa decisão, o expropriante interpôs o recurso de agravo de instrumento e, simultaneamente, impetrou o presente mandado de segurança, dizendo, com ênfase, que, ao interpor, o recurso estava, nos termos do art. 12 do Código de Processo Civil, representado por seu procurador jurídico.

Para coibir a projeção dos danos resultantes do ato impugnado e para que o mandado de segurança, se ulteriormente deferido, não encontre seu alegado direito irremediavelmente comprobado, pediu a concessão da medida liminar.

Concedida a proteção cautelar, foram solicitadas informações à autoridade judiciária impetrada, que as prestou sem tardança, defendendo o ato hostilizado, com fundamento em que, com a nomeação de outro advogado para funcionar na ação expropriatória, o signatário do recurso de apelação, que também subscreve a impetração, perdeu o poder postulatório.

Os litisconsortes, nas sucintas razões que apresentaram, exaltaram a decisão impugnada e, solidários com a autoridade judiciária, advogaram a tese afirmativa de que, tendo a municipalidade constituído a Bela. Magnalva Ribeiro sua advogada, somente a esta era lícito subscrever a petição recursal.

A doura Procuradoria de Justiça, oficiando no feito, defendeu tese oposta e, ressaltando que a eventual outorga de mandato a advogado não pode desfazer a representação constituída por ato administrativo de nomeação, opinou pela concessão da segurança.

A síntese dos fatos, exposta com clareza e objetividade, mostra, a todas as

MUNICÍPIO. REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO.

O município, nos termos do art. 12, II, do Código de Processo Civil, é representado em juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito ou procurador, competindo a este, quando estiver no exercício da representação, patrocinar, sem qualquer reserva, os interesses da municipalidade.

Mand. de Seg. 519/89. Relator:
Des. CÍCERO BRITTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 519/89, de Coaraci, em que é impetrante o município de Coaraci e impetrada a doutora juíza de direito da comarca.

Acordam os desembargadores das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em conceder a segurança.

O município de Coaraci, representado por seu procurador jurídico, impetrhou mandado de segurança contra ato da doutora juíza de direito da comarca de Coaraci, alegando que, submisso ao Decreto 720/85, que declarou de utilidade pública, para efeito de desapropriação, terras situadas na margem do rio Almada, requereu, contra os herdeiros de Alcebfades Ferreira Sales, a competente ação expropriatória.

Julgada procedente, em parte, essa ação, o expropriante, irresignado com o valor atribuído ao bem, interpôs o re-

luzes, que a impetração hostiliza a decisão judicial, que inadmitiu o recurso de apelação interposto nos autos da ação de desapropriação, com fundamento em que ao procurador do município não era lícito subscrever a petição recursal.

Os municípios, nos termos do art. 12, II, do Código de Processo Civil, são representados em juízo, ativa e passivamente, por seus prefeitos ou procuradores.

No caso em discussão, o município impetrante só tem um procurador, que o assessorava e o representava em juízo. Seus poderes se encontram discriminados na lei que o instituiu. Sua investidura na representação do poder público decorre da nomeação e se efetiva desde o instante da posse, ficando, desde então, autorizado a executar todos os atos jurídicos e a promover, sem qualquer restrição, toda a atividade que dimana da representação. Somente leis normais, editadas pelos poderes competentes, podem ter autoridade para desnaturar ou determinar os limites da representação. O mandato, episodicamente deferido a outro advogado, para defender interesse da municipalidade, não tem o condão de desfazer o poder de representação, que decorre do ato administrativo de nomeação e só se desconstitui com a exoneração.

Bem é de ver-se, portanto, que a ilustre juíza, impedindo que o procurador do município se desobrigasse de seu *munus*, ultrapassou o campo da apreciação jurídica que lhe é reservado, incursionando, com desapreço, ao princípio da legalidade e descaso à concepção da separação e independência dos poderes, numa área própria do Poder Executivo municipal e que não se identifica com o exercício de sua atividade jurisdicional, destinada à realização do direito.

À essa compreensão, defere-se a segurança, para proteger a ordem jurídica e garantir o direito líquido e certo do impetrante, que foi impedido, por ato ilegal da autoridade judiciária, de opor-se à decisão que lhe foi desfavorável.

Salvador, 19 de setembro de 1990.

Dermeval Bellucci – Presidente. Cícero Britto – Relator.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. TESTAMENTO. FORMALIDADES. IMPROCEDÊNCIA. APELO. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. PROVIMENTO.

Rejeitam-se as preliminares de intempestividade do recurso e da falta de participação do Ministério Público no processo, acolhendo-se o pedido de nulidade do testamento por omissão de formalidade prevista no art. 1.632 do Código Civil. A vontade do testador, ainda que objetivada de forma indubiosa, não deve, contudo, prevalecer sobre o formalismo legal a ponto de dispensá-lo. Uma e outro se completam e devem estar presentes, indispensáveis que são à validade do ato. Se assim não ocorre, nulo haverá ele de ser declarado e, via de consequência, sem nenhum efeito.

Ap. Cív. 324/86. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 324/86, de Governador Balbino, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Ivani Mármore Santos e Ney Mármore, representando o Espólio de Domingos Mármore Filho.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, incorporando ao presente o relatório de fls. 145 a 146, em, rejeitadas, à unanimidade, a primeira preliminar e, por maioria, a segunda, no mérito, também por maioria, em dar provimento à apelação, e assim decidem pelas razões e fundamentos adiante expostos.

Cabem ser examinadas as preliminares suscitadas pela douta Procuradoria

de Justiça, no parecer de fl. 140, que dizem respeito à extemporaneidade do recurso de apelação, porque ingressado fora do prazo dos quinze dias previstos na lei processual, e à nulidade do processo, pela não-intervenção do Ministério Público em feito em que ela se torna obrigatória.

A primeira dessas preliminares não haverá de prevalecer.

Ora, a sentença foi proferida na audiência do dia 26 de novembro e o recurso teve ingresso em cartório no dia 11 de dezembro, consoante registro feito na primeira folha da petição recursal. Logo, de 27 de novembro (dia do começo) até a entrada da petição em cartório (dia 11 de dezembro) decorreram exatamente 15 dias, na forma como preceitua o art. 508 combinado com o art. 184 do Código de Processo Civil, não havendo a alegada extemporaneidade, sobretudo porque leva-se em conta não a data em que o juiz despachou a petição, mas a do registro do seu ingresso em cartório. E isso está positivamente, de forma indubiosa. Larga e iterativa é a doutrina e a jurisprudência, no particular, e a matéria já está sumulada no Supremo Tribunal Federal:

“O prazo para recebimento de recurso se extingue no último minuto do expediente cartorial do *dies ad quem*. Até esse momento, a petição pode ser protocolada ou despachada eficazmente” (ac. unân. da 1^a Câm. Esp. do TJ-RJ, ap. 22.784, rel-des. Milton Santos Martin – *ADCOAS* 1975/76).

“Não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardivamente” (Súmula 428 do STF).

Quanto à segunda preliminar, a da nulidade do processo pela não-intervenção do Ministério Público, embora parecesse procedente ao relator, fora, entretanto, rejeitada pelo revisor e terceiro julgador, com o argumento que comprovada ficara a participação da promotoria pública no processo, haja vista o despacho do doutor juiz *a quo*, à fl. 34, e o termo de vista de fl. 34v, onde

consta uma promoção no sentido de que fossem efetivadas diligências relativamente à ouvida de testemunhas ali arroladas. A prova foi produzida em duas audiências previamente designadas, fazendo-se presentes as partes e o Ministério Público, embora na segunda audiência este último estivesse ausente, apesar de intimado na forma regular.

Entenderam os ilustres desembargadores que a ausência do doutor promotor na audiência que se seguiu à primeira, embora dela ciente, não implicou na sua não-participação no processo, que não há de se confundir com o desinteresse manifestado, ainda porque discutida é a obrigatoriedade de sua intervenção, em se tratando de feito em que as partes são maiores e capazes e se acham devidamente representadas.

No mérito, é de acolher-se as longas considerações doutrinárias e jurisprudenciais que embasam o parecer do eminente doutor procurador de Justiça, que se adota e passa a integrar o presente decisório.

Na verdade, em que pese a tese fortemente defendida na doutrina e, de alguma forma, consagrada na jurisprudência, de que “a vontade do testador deve sobrepor-se às formalidades da lei”, isso porque “a lei é estática e a ciência do direito é dinâmica”, entende-se, todavia, inobservado como foi o disposto no inc. II do art. 1.632 do Código Civil, de referência à lavratura do testamento, que provido deve ser o apelo.

Dispõe o mencionado dispositivo da lei substantiva civil que são requisitos essenciais do testamento público:

“I – Que seja escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas.

II – Que as testemunhas assistam a todo o ato.

III – Que, depois de escrito, seja lido pelo oficial, na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial.

IV – Que, em seguida à leitura, seja o ato assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo oficial".

Não há negar que, no caso vertente, houve omissão dessas formalidades, pois somente três testemunhas se achavam presentes e não assistiram a todo ato. É o que se infere da prova feita.

Ensina Washington de Barros Monteiro, *in Curso de Direito Civil*, v.6, Saraiva, p. 3, que:

"O art. 1.632 enumera os requisitos essenciais do testamento público, que se reveste de natureza solene e por isso deve observar rigorosamente o estatuto em lei. Consideram-se substanciais as formalidades apontadas no dispositivo legal". Preteri-las, induz-se a ineficácia do ato.

E continua:

"O testamento deve ser lavrado de acordo com o ditado ou as declarações do testador. Nada impede, todavia, se apresente o testador com minuta redigida por advogado, ou recorra a notas e apontamentos particulares, para melhor encaminhar o pensamento e bem enunciar sua última vontade.

O ditado ou as declarações do testador devem ser feitos em presença de cinco testemunhas que assistam a todo o ato. As testemunhas *hão de estar presentes*, do princípio ao fim, sem solução de continuidade. Não se permite que elas se afastem, ainda que por instantes. Exige-se-lhes a presença no mesmo cômodo em que se lavra o ato, não se descendendo com sua permanência em outro local.

O oficial público, especificando cada uma dessas formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas. Uma só que falte, ou deixe de ser mencionada, nulo será o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente" (p.112/114).

Já dizia também Carvalho Santos (*Código Civil Interpretado*, v. 23, p.70) que "o testamento em que as testemunhas não assistem a todo o ato é nulo".

A suprema corte, no particular, tem adotado o mesmo entendimento, haja vista o acórdão mencionado por Pinto

Ferreira, *in Tratado das Heranças e dos Testamentos*, v.2, p.722, inserto no parecer de fls. 140/143.

Do exame da prova, colhida na instrução, resultou demonstrado que na lavratura do testamento não se achavam presentes cinco testemunhas, apenas três, não se fazendo a leitura do ato na presença de todas.

Não se aceita o argumento em que a vontade do testador prevalece sobre o formalismo. Entende-se que não. A vontade e o desejo do testador devem ser claros e objetivos, mas as formalidades previstas na lei não podem ser omitidas. Ambas devem estar presentes e se completam. Se assim não ocorre, não deve o ato prevalecer, porque contaminado de nulidade por violação a preceito legal.

Diante disso e endossando-se, no particular, os demais fundamentos esposados no parecer do doutor procurador de Justiça, dá-se provimento à apelação do autor a fim de declarar-se a nulidade do testamento, com a condenação do réu ao pagamento das custas e honorários de advogado, arbitrados em 20% sobre o valor da causa, não se conhecendo, desse modo, do recurso autivo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 18 de março de 1987. Costa Dultra – Presidente. Dermerval Bellucci – Relator.

VOTO VENCIDO

A ação declaratória de nulidade de testamento a que se refere o presente recurso é, a todos os títulos, dada a vênia, uma apelação ao enriquecimento contra a vontade do titular da fortuna, senão vejamos.

Em 21 de março de 1978, Domingos Mármore Filho fez testamento público, dispondo: 01. metade para seu filho Ney Mármore; 02. metade para a companheira do testador, Joventina Alves. Em 22 de maio de 1978, o testador promoveu a rerratificação do testamento; assim fez inserir algumas vontades novas, excluindo algumas manifes-

tações anteriormente expressas, a saber: exclusão do prêmio de 5% a favor do testamenteiro, se a testamenteira recísse e fosse exercida pelo herdeiro legatário, Ney Mármore.

Em 18 de maio de 1978, três dias antes da rerratificação, o testador, para evitar questões futuras, certamente como a que está ocorrendo, constituiu o advogado Avelino Pereira de Souza, que ajuizou a ação cautelar inominada, no sentido de: 01. realizar-se perícia médica, a fim de não pairar dúvida sobre seu estado de saúde, física e mental; 02. citação dos herdeiros: Ney, Pedro, Darcy, Carlos Murilo, Luciano, Ivany e Darcy; 03. audiência do representante do Ministério Público, para que tudo fosse feito nos termos da lei.

Em 4 de abril de 1983, cinco anos depois, morreu o testador, Domingos Mármore Neto, tendo Ivany (autor da ação declaratória de nulidade) ido a Barreiras, onde foi lavrado o testamento, a fim de inteirar-se de certos boatos, uma vez que a inicial da cautelar dizia que o testador pretendia fazer justiça na distribuição dos seus haveres, o que, finalmente, não ocorreu, narra o interessado, que diz ter sido surpreendido com a sua preterição e a inclusão de dois legatários, Ney Mármore e Joventina, antiga e cuidadosa companheira do testador.

Veja-se que as testemunhas do testamento, segundo a inicial da ação de nulidade, todas são pessoas ótimas, com as quais o autor da ação conversou, obtendo as declarações trazidas aos autos, afirmado que foram redigidas por quem redigiu a petição inicial da ação de nulidade, portanto, como bem quis o interessado da declaração de imprestabilidade do testamento, tudo unilateralmente, por quem absolutamente suspeito diante da determinação de favorecer-se com os bens deixados pelo *de cuius*.

Houve estranha denúncia da lide a Nilson Pamplona, tabelião de Notas, que lavrou o testamento, rascunhado e ditado de viva voz pelo testador, na presença das testemunhas, o qual afirma firmemente que *não são verdadeiras as*

alegações do autor da ação e que as testemunhas, todas, foram presentes.

Vê-se claramente nos autos que o autor da ação de nulidade do testamento, antes mesmo da morte do testador, já demandava para beneficiar-se contra a vontade do parente, a tal ponto que este se propôs e à Justiça, incluindo-se o Ministério Público e possíveis interessados, a humilhação de submeter-se a exame médico, para avaliação do seu estado de saúde, física e mental, vindo a morrer somente cinco anos mais tarde, depois de aprimorar seu testamento, sendo ele parente muito próximo de festejado desembargador deste Tribunal e, ele mesmo, exercente, por muitos anos, do antigo cargo de promotor adjunto, ali mesmo na comarca de Barreiras.

Pois bem, apesar de tantos cuidados, de quem e por quem conhecia o terreno em que pisava, sob todos os aspectos, a ambição do parente ainda não está contida, eis que continua perseguindo *desideratum* pouco louvável. E larga-se na procura de meios para formação de sua vontade e pretensão, mesmo repelida.

Sabido é que, em matéria de testamento público, o rigor do vetusto Código Civil do mestre Clóvis Beviláqua, de 1º de janeiro de 1916, vem-se abrandando, outrora lentamente, agora com impulso maior e velocidade mais acentuada, como bem afirma o prof. Orlando de Souza, em sua festejada obra *Prática dos Testamentos*, já superadas inúmeras edições, nestas palavras: "Tal excessivo formalismo vem sendo atenuado, sendo de jurisprudência que, se o tabelião portar, por fé, que cumpriu todas as formalidades legais, desnecessária se torna a menção específica a cada uma delas" (caso dos autos), pois o tabelião afirma que todas as formalidades legais foram observadas, indo mais longe: todas as testemunhas (cinco) foram presentes à lavratura do testamento.

Nossos tribunais não mais vacilam em face da jurisprudência do Pretório excelso, assim: "As nulidades das declarações de última vontade só devem

ser decretadas em face de evidentes provas de postergação da lei, simples defeitos de formas não podem valer para invalidar a vontade clara e expressa do testador" (*Revista dos Tribunais*, v. 143 - p.330).

Por fim, jurisprudência mais recente e dominante entre nós, em todos os tribunais, é no sentido de que as cautelas do art. 1.632 do Código Civil não constituem formas sacramentais, mas requisitos destinados a comprovar a espontaneidade e autenticidade das declarações do testador (ac. da 6^a Câm. Cív. do TJ-SP, rel.-des. Lair Loureiro, na apelação 194.876 da comarca de Avaré, *apud* Orlando de Souza, na obra citada).

Aqui o testamento, atendendo à saziedade às exigências do Direito, está conforme as declarações da vontade do testador, não mais está entre nós para repelir as arremetidas a que não se pode curvar a Justiça.

Voto, portanto, pelo improvisoamento do recurso.

Salvador, 27 de fevereiro de 1987.
Luiz Pedreira - Vencido.

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

Para a validade do processo relativo à ação de consignação em pagamento, é indispensável a citação do réu, chamando-o para vir ou mandar receber a quantia ou coisa devida, sob pena de depósito. Tendo, para tanto, havido intimação, ao invés de citação, e, comparando o réu apenas para arguir a nulidade, torna-se sem efeito a medida, aplicando-se o quanto a respeito dispõe o § 2º, art. 214, do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso improvido.

Agr. de Inst. 112/89. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de agravo de instrumento 112/89, de Ilhéus, em que figuram como agravante Indústria e Comércio de Cafés Finos Ltda. e agravado o Banco do Brasil S/A.

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

A espécie é a seguinte: em 5 de setembro de 1988, a firma agravante ajuizou contra o banco agravado ação de consignação em pagamento, da quantia de Cz\$7.652.000,00 (sete milhões, seiscentos e cinqüenta e dois mil cruzados) (padrão monetário antigo), referente a débito remanescente corrigido pela incidência de taxa referencial de 17.11.87 e decorrente da cédula de crédito industrial n. 86/00774-2, de 10 de julho de 1986 (fls. 13, 32/41). Designada data para vir receber a quantia oferecida (fl. 32), o banco credor foi intimado, ao invés de ser citado (fls. 16 e v), mas não compareceu, tendo, em petição dirigida ao juiz do feito (fls. 24 a 29), apontado a falta de citação, quando não, a citação havida sob a eiva de nulidade. Daí por que pleiteou devolução do prazo para o oferecimento de contestação que o juiz *a quo* acolheu, através do despacho de fls. 17/18, dando, assim, ensejo a que se tirasse o presente agravo.

A decisão hostilizada, contudo, merece subsistir. De fato,

O procedimento da firma agravada se deu sob o pálio do disposto no § 2º do art. 214 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

"Comparecendo o réu apenas para arguir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão".

O equívoco a que foi levada a firma agravante pode ser desfeito através da lição do prof. J. J. Calmon de Passos, *in verbis*:

"Há certa incompatibilidade entre o art. 214, § 2º, reproduzido do velho Código, e o art. 301, inovador. Neste se exige, como preliminar da contestação,

seja argüida a inexistência ou a nulidade da citação. Aquele autoriza o comparecimento apenas para argüir essa inexistência ou nulidade. O que se pode entender, para harmonizar, é que, havendo nulidade ou inexistência da citação, o réu pode argüir apenas uma ou outra falta, ou, concomitantemente, fazer essa argüição e oferecer toda a defesa de que disponha. No primeiro caso, corre o risco de, uma vez repelida a argüição, tornar-se revel, por falta de contestação, já impossível por intempestiva. No segundo caso, estará protegido, sempre, contra esse imprevisto..." (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v.3, p. 253).

Não há que falar em preclusão nem em contestação intempestiva. O expediente de fls. 24/29 (por fotocópia) contestação não é, mas mera argüição de inexistência de citação, cuja permissão se subentende da leitura do § 2º do art. 214 do Código de Processo Civil. Contestação, mesmo, (por fotocópia às fls. 42/51) só houve após a devolução do prazo pelo juiz do feito, nos termos do já citado § 2º do art. 214 do estatuto processual civil.

Por outro lado, na inicial da ação de consignação em pagamento (fl. 32), o juiz *a quo* despachou nos seguintes termos: "A. R. Designo o dia 4 de outubro, às 16 horas, no Cartório do 1º Ofício desta Vara, a fim de que o suplicado, querendo, receba a importância consignada. Ilhéus, 05.09.88 a) Paulo Gomes – Juiz de Direito".

Como se vê, não constou do referido despacho que se citasse o banco credor. No particular, houve omissão. E, para priorar a situação, o cartório expediu *sponte sua*, medida diversa da adequada – intimação (fl. 16). Tanto foi diversa a medida que o mandado não fez referência aos efeitos da revelia, o que é obrigatório *ex vi* do disposto no art. 225, II, c.c. art. 285, ambos do Código de Processo Civil.

A propósito, é válida a ponderação do banco agravado, quando diz:

"Nem se argúa que a mera intimação teria suprido a citação, eis que são

atos processuais distintos... (...) E tanto de citação não se trata que não se contém no mandado o prazo para defesa (art. 225, VI) ou a advertência imprescindível do art. 285, sem a qual a revelia não opera os seus efeitos, nem, tampouco, a citação se convalida..." (fl. 27).

Os arrestos colacionados pela agravante acerca da convalidação da intimação, feita em lugar da citação, não lhe trazem proveito, porque todos eles falam da necessidade de a medida tomada em lugar da outra conter os requisitos essenciais daquela, o que não ocorreu na espécie.

De mais a mais:

"Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu" (CPC, art. 214, *caput*).

E, complementando o preceito supra, dispõe o art. 247 do mesmo diploma legal que será nula a citação feita sem observância das prescrições legais. Nesse sentido, é pacífica a doutrina (cf. J. J. Calmon de Passos, ob. cit. p. 153; Wellington Moreira Pimentel, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.3, p.167) e remansosa a jurisprudência dos tribunais (cf. RT 473/491; 481/133; 482/168; 486/108; 497/121; 503/163; 505/88; 510/217; 565/59; 577/234; 592/157; 595/186; 596/275; 602/231; JTA 39/335; 60/82; "O Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina"; col. *Ajuris* III, t.1, p. 281; *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor* de Theotônio Negrão, Ed. Rev. dos Tribunais, nota de rodapé ao art. 225 do Código de Processo Civil).

Bem andou, pois, o juiz *a quo*, decidindo como decidiu, no sentido de decretar a nulidade da "citação" havida, por não ter preenchido suas formalidades essenciais e chamado o feito à ordem (CPC, art. 214, § 2º).

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

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

AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.

Uma justa indenização em ação de desapropriação pode ser fixada segundo o valor encontrado pelo laudo pericial, elaborado com elementos colhidos em vistoria anterior e traduzida no pagamento atualizado do imóvel, sem levar em conta, para efeito desse pagamento, qualquer tempo de valorização decorrente de obras públicas. A verba honorária, fixada em 7% sobre a diferença entre a oferta e a indenização corrigida monetariamente, está em consonância e até mesmo acima do percentual usual e básico operado pelos tribunais do País, resultando, no caso, em quantia que bem remunera o trabalho do advogado dos expropriados. Decisão reformada, em parte.

Ap. Cív. 504/87. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 504/87, de Camaçari, em que figuram como apelante Antonio da Cunha Bittencourt e outros e a Curadoria de Ausentes e apelada a Prefeitura Municipal de Camaçari.

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

Realmente, a sentença merece ser reformada, mas apenas em parte, no tocante ao preço da indenização por metro quadrado. Com efeito.

É certo que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, que é apenas opinativo, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (CPC art. 436), mas não é menos certo que, para desprezá-lo, há que se basear em fundados motivos.

No caso, não foi isso que aconteceu, quer quanto ao laudo desprezado, quer quanto à evocação dos motivos para justificar a adoção de outro critério. Ora, o laudo do perito do juiz (fls.

245/271) foi elaborado com muita precisão, segundo o valor do mercado.

“... por ser mais interessante do ponto de vista econômico e por ser admitido como livre elemento de flutuações econômicas da lei da oferta e da procura” (fl. 251).

Também para a doutora curadora de Ausentes:

“... O perito do juízo, ao apresentar o seu laudo, o fez de maneira explicativa, minudente, atendendo ao critério do justo preço proclamado pela nossa Constituição Federal, trazendo à colação inclusive sentença de processo desapropriatório desta comarca em área similar à ora expropriada, julgada no ano de 1979, cujo valor por metro quadrado foi de Cr\$300,00, valor este que serviu de base para a sua perícia, corrigindo-o e atualizando-o pelo método comparativo, critério este válido e proclamado pela nossa jurisprudência” (fl. 333).

O vistor judicial, realmente, já havia se desincumbido anteriormente de igual mister, com igual proficiência nos autos de outra ação de desapropriação, lá mesmo em Camaçari (proc. 7.667/77, ou 213/81), ação essa ajuizada com vista à implantação de conjunto habitacional naquele município. Na ocasião, dito *expert* fixou o valor do metro quadrado do terreno desapropriado em Cr\$300,00. O laudo que elaborou à época foi aceito pelo juiz de primeiro grau e a sentença nele fundamentada foi mantida em segunda instância. Aqui e agora, objetivando ajustar aquele valor à realidade do mercado, o perito apenas o corrigiu e o atualizou, encontrando Cr\$3.945,00 o metro quadrado.

Em caso semelhante submetido à sua apreciação, assim decidiu em 21 de julho de 1977 este Tribunal, através de sua Terceira Câmara Cível:

“O valor atribuído por perito conceituado em avaliação atualizada e criteriosamente procedida, inclusive calçada em elementos já colhidos em vistoria anterior, deve ser a base da sentença que estabelece a diferença justa entre o realmente depositado pelo expropriante

e o realmente devido, como justo preço pela expropriação, ao desapropriado com direito a recebê-la" (ap. cív. 299/77, da Capital; rel.-des. Walter Nogueira, *in Bahia Forense*, v. 13, p.201).

No mesmo sentido é o julgado da Primeira Câmara Cível, cujo acórdão, da lavra do desembargador Paulo Furtado, traz a seguinte ementa:

"Justo preço. Conquanto inexistem critérios rígidos preestabelecidos para a fixação da justa indenização, o laudo pericial é, inegavelmente, parâmetro ótimo e geralmente seguro para a fundamentação do *decisum* (ap. cív. 593/82, da Capital, *in Bahia Forense*, v.24, p. 279).

Justificando por que fixou o valor de Cr\$2.000,00 por metro quadrado, assim se manifestou a doutora juíza de primeiro grau, a título de fundamentação:

"Aqui em Camaçari os terrenos fora das chamadas áreas de veraneio nada valiam, em termos econômicos de mercado imobiliário, e os próprios compradores não tinham maiores interesses em algum aproveitamento, tanto que nada construíram. Com o surgimento do Pólo, aí passaram a ter valor alto as terras ali situadas. E por causa disso não se haverá de dar preço alto por tais terras, pois a valorização decorreu de obras feitas pelo poder desapropriante (poder público)..." (fl. 309).

Ao contrário do que afirma a juíza de primeiro grau, na busca da justa indenização, deve-se, sim, levar em conta o momento econômico em que é procedida a avaliação do bem expropriado, sem se desprezar as obras valorizadas pelo poder público, exatamente em razão da desapropriação e ter que reduzir, por isso, o seu justo valor. Mais uma vez me parece correta a colocação feita pela doutora curadora de Ausentes quando diz em suas razões que:

"... a valorização decorrente de obra pública é fato gerador da contribuição de melhoria. É categoria devida por todos os imóveis beneficiados, cabendo ao poder público legal (art. 18, II,

da Constituição Federal) instituí-la e arrecadá-la, escapando ao juiz, por via obliqua, *data venia*, como fundamentou a meritíssima juíza em sua sentença, ora recorrida, cobrá-la por compensação" (fls. 332/3).

Realmente, a jurisprudência dominante hoje é no sentido oposto ao sufragado na sentença hostilizada, sendo certo que uma justa indenização se traduz no pagamento do valor atualizado do imóvel, sem levar em conta, para efeito desse pagamento e com o fito de possíveis descontos, qualquer tipo de valorização decorrente de obras públicas (cf. ap. 729/81 da comarca de Camaçari, 3^a Câm. Cív. rel. Wilde Lima, *in Bahia Forense*, v. 20, p. 124, além dos arrestos colacionados às fls. 320/8).

Antônio Sanches Vieira, em sua *Desapropriação Judicial no Direito Brasileiro* (p. 237 e segs.), ao cuidar dos critérios e métodos de avaliação, recomenda:

"Evitar a compensação da contribuição de melhoria com a diminuição arbitrária do valor da indenização".

Portanto, a indenização, consubstanciada no laudo de fls. 245/271 do perito do juízo, foi bem estabelecida e não comporta modificação para menos. A sentença, sim, é que, no particular, merece reparo, razão pela qual o valor do metro quadrado deve ser mesmo o do laudo - Cr\$3.945,00.

Data venia do ponto de vista em contrário e sem embargo de esforço e competência do digno advogado dos apelantes, a verba honorária, fixada em 7% pela sentença de fls., está em consonância e até mesmo acima do percentual usual e básico operado pelos tribunais do País, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (cf. ap. cív. 95.640, de 04.09.79 da 1^a Câm da TACív.-SP, *in RT* 532/163; rec. extraord. 83.871, RJ. de 10.12.76, 1^a Turma STF, *in RT* 532/270; ap. cív. 106.514, de 30.04.80, do 2^o TACív.-SP, *in RT* 543/175; rec. extraord. 92.915-1, SP, 1^a Turma STF de 26.08.80, *in RT* 544/272; ap. cív. 33-265-2, de 12.11.81, 9^a Câm. Cív., TJ-SP *in RT* 557/73; ap. cív. 12.895-2,

de 30.10.84, da 14^a Câm. Cív. do TJ-SP, *in RT 592/47*). O percentual fixado na sentença resultará em quantia que bem remunera o trabalho do ilustre e operoso advogado dos apelantes. Não há, pois, o que reformar a respeito.

Vale ressaltar, por derradeiro, que a matéria relativa a honorários de advogado, nas ações de desapropriação, se rege pelo disposto no Dec.-lei 3.365, de 21.06.41 (art. 27, § 1º) e não pelo art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (cf. *RTJ 92/769; RT 532/164; 544/273*).

Em face de todo o exposto e por tudo o que mais dos autos consta, dá-se provimento, em parte, aos recursos, apenas, e tão-somente, para fixar o valor do metro quadrado, a título de indenização, em Cr\$3.945,00, a ser atualizado segundo o padrão monetário hoje vigente.

Salvador, 7 de fevereiro de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Luiz Pedreira – Relator.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Mercece amparo do Poder Judiciário, via ação possessória, o herdeiro que, ao ser aquinhoadado com herança e com posse localizada, foi esbulhado por terceiro, adquirente da meação e quinhões de outros herdeiros. Ação procedente. Recurso provido.

Ap. Cív. 98/89. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 98/89, de Itamaraju, em que figuram como apelantes Raul Raimundo de Souza e sua mulher, Edna Hermelina de Souza, e apelada Ana Rita de Jesus.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à una-

nimidade de votos, em dar provimento ao recurso, pelas seguintes razões.

A contestação não é intempestiva. De fato.

Citada como foi a ré, em 28 de setembro de 1983 (fl. 38 e v.), o prazo de 15 dias para contestação (CPC, art. 297) terminou em 13 de outubro de 1983 (CPC, art. 184). Ora, tendo a contestação sido protocolada em cartório, em 10 de outubro de 1983 (fl. 40), é de concluir-se que a mesma é tempestiva e foi apresentada a tempo. Sem razão, pois, os autores-apelantes. Não procede, também, a alegação deles quanto à possível nulidade da sentença. Eis porque.

A transformação do rito de ordinário em especial, pelo juiz *a quo*, deveu-se ao fato de se ter falado que o esbulho se deu em 15 de março de 1983, circunstância que, se verdadeira, descharacterizaria o rito, nos termos do art. 924 do Código de Processo Civil, c.c. art. 924 do Código de Processo Civil, c.c. art. 508 do Código Civil.

“Se a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, a ação de manutenção ou de reintegração será – como vulgarmente se diz – de força nova, em consequência de que já se expedirá o respectivo mandado *in iúlio litis*, que garantirá a posse contra o turbador ou esbulhador. Já não ocorrerá a medida preliminar, se, pelo transcurso da violação ou do esbulho, a ação se mostrar de *força velha*, isto é, se a turbação ou a violência houver ocorrido há mais de ano e dia. Nesse caso, por força do art 523 do Código Civil *in fine*, desde o ínficio a ação tem curso ordinário” (cf. de Plácido e Silva, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Guaira, 1940, p.301).

Aliás, o *a quo* justificou por que assim procedera (fl. 21 e v.) e os autores-apelantes não se insurgiram contra essa decisão. Os efeitos da decretação da nulidade teriam que atingir os atos processuais já praticados e que os mesmos davam como perfeitos e acabados. Isso era inevitável.

Por outro lado, a falta de reconhecimento da firma apostila na procuração

de fl. 35 não acarreta a nulidade alegada. Trata-se de mera irregularidade que pode ser suprida a qualquer tempo. Vale salientar que tal assinatura (fl. 35) é a mesma com a qual a ré se deu por citada (fl. 38 e v.) como também é a mesma que consta de outra procuração existente na ação de atentado (fl. 5 dos autos em apenso) e também a mesma em relação aos termos de audiências (fls. 29 verso e 98).

A ação inicialmente foi endereçada contra Vitório Novais, o qual, porém, não chegou a ser citado, conforme certidão de fl. 11 e verso. E, se não chegou a ser citado, não houve processo regular contra ele (CPC, art. 214). Daí por que não se pode falar em substituição de parte, ou, mais precisamente, de substituição de Vitório pelos filhos, como pretende a ré, para os fins do disposto no art. 43 c.c. arts. 1.055/1.052, todos do Código de Processo Civil. A rigor, a ação teve início com a citação de Maria Rita de Jesus (fl. 16 e v.).

Sendo, como é, possessória a ação e não sendo apropriada esta para se apurar a prevalência de um título sobre o outro, cabe perguntar: quem detém a posse da área litigiosa, encarada essa segundo a doutrina de Ihering, que, sendo a adotada pelo nosso Código Civil, representa a visibilidade do domínio, da relação de fato entre as pessoas e as coisas, para o fim de sua utilização econômica? Qual das partes tem a posse, encarada esta do ponto de vista de ocupação objetiva, do exercício de fato do direito da propriedade, exteriorizada por via de manifestações tangíveis e aparentes?

Os autores-apelantes é a resposta afirmativa. Ora, eles já tinham posse localizada quando Vitório comprou a meação de Anízio e partes de Porcina e João Raimundo (filho). É o que se lê do formal de partilha, passado em 9 de julho 1980 (fls. 5/7, 67/72), segundo o qual a área dos autores ficava localizada:

“... no lado onde o referido herdeiro possui sua propriedade e benfeitorias”.

Aliás, a própria Ana Rita de Jesus,

em seu depoimento de fl. 93, deixou consignado que:

“... antes do litígio, o autor morava em uma terra de sua propriedade e *vizinha* (grifei) ao imóvel em questão”.

A escritura de compra-e-venda entre as partes, Anízio, João Raimundo (filho) e Porcina e Vitório (fls. 52/53 e verso), consigna o autor como confron- tante da área pelo último adquirida.

Com a morte do pai, em 1978 (15 de abril), conforme notícia o documento de fls. 76/8, o autor varão recebeu sua fração, a qual acresceu, ao comprar as partes que cabiam a seus irmãos, Manoel Raimundo de Souza (casado com Joa- nita Oliveira dos Santos) (fl. 31 e v. dos autos da ação de atentado, em apenso) e Enedina Raimundo Souza Santos (casada com Manoel dos Santos) (fls. 8 a 9 destes autos). Em sua área, os autores tinham plantado cacaueiros, abacateiros, laranjeiras, além de mandioca, milho e levantaram cerca de arame, benfeitorias essas que Vitório destruiu, apenas qua- tro meses e quatro dias depois de haver comprado a parte de Anízio, fato ocor- rido em 10 de dezembro de 1981 (fls. 52/53v).

E houve mesmo a violência pos- sessória?

Sim, no-lo afirma Ana Rita de Je- sus, ré nestes autos, *in verbis*:

“... que antes de seu esposo, Vitó- rio, adquirir a terra, o autor trabalhava no imóvel, em uma roça, e depois da aquisição por Vitório, este falou para o autor que havia comprado e pago a terra e não queria mais ele ali, resultando com isso uma briga entre eles” (fl. 93).

Como se vê, a violência está afir- mada e confirmada pela própria ré, va- lendo salientar que os autores nunca mais voltaram ao local (fls. 29, 92/3).

Cabe ainda perguntar: por que Vi- tório se autolocalizou, exatamente onde os autores já tinham posse? Não se sabe. É certo, contudo, que igual direito os autores tinham de escolher onde se ins- talarem. E manifestaram essa preferê- ncia muito antes, em 1978, logo após a morte do pai, conforme formal de par-

tilha (fls. 5/7, 67/72).

Resumindo: os autores, desde a morte do pai, em 1978, tinham posse localizada. Vítorio só chegou ao local depois de 10 de dezembro de 1981, quando adquiriram a parte de Anízio. O formal de partilha acolheu a preferência dos autores no sentido de que o seu quinhão saísse do lado onde já tinham propriedade.

A Vítorio não era dado arredar os autores da área, onde há mais tempo estavam localizados.

Raul Raimundo de Souza e sua mulher, réus na ação de atentado, negam que tenham feito qualquer modificação em relação ao bem imóvel litigioso. Não bastasse a negativa, há de se levar em conta o entendimento, aqui e agora, da ocorrência do esbulho praticado em área daqueles expeditos, na ação de atentado, quanto à inocorrência da inovação alegada.

Mais não precisa, pois, para se chegar à procedência da ação possessória e à improcedência da ação de atentado (em apenso) que, em face da conexidade, devem ser julgadas simultaneamente.

Ante todo o exposto e por tudo o que mais dos autos consta, dá-se provimento a ambas as apelações para reformar as decisões proferidas nestes autos e nos da ação de atentado (em apenso), invertido o ônus da sucumbência.

Salvador, 26 de junho de 1989.
Dermeval Bellucci — Presidente. Luiz Pedreira — Relator.

SÉ GEMINIANO DA CONCEIÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 998/88, de Cacité, em que é apelante Anísia Ana de Jesus e apelados Manoel Magalhães Vilasboas e sua mulher.

Acordam os desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem divergência, em negar provimento ao apelo e o fazem pelas razões seguintes.

Anísia Ana de Jesus, vivente da localidade de Cacité e qualificada no libelo inicial, através de profissional da advocacia regularmente constituído na forma da lei aditiva civil, invocou o prestígio da ordem jurídica, impetrando ação de reintegração de posse contra Manoel Magalhães Vilasboas, alegando ser possuidora de uma área de terra situada no lugar denominado "Velame", com seis hectares, adquirida por herança de sua mãe, Ana Rita de Jesus, em cuja área residiu durante 70 anos, vindo dela sair para morar em Cacité, em 1985, quando confiou a Porfírio Belisário de Almeida a dita propriedade, a fim de que alugasse o pasto e vendesse a sua roça de mandioca, o que por ele foi feito, alugando o pasto e vendendo a roça de mandioca pelo preço de, à época, Cz\$2.800,00.

A controvérsia centrou-se no próprio fato da vida, narrado por Anísia Ana de Jesus, ora apelante: no mês de julho de 1986, o réu, surpreendentemente, voltou a ocupar dita área, onde se encontrava a reserva de madeiras e colocou gado na propriedade, debaixo da alegação de que houvera comprado a propriedade em mãos do Sr. Porfírio, vulgarmente conhecido por "Cio".

Após regresso dos autos da comarca de origem, uma vez que a Turma Julgadora converteu em diligência, tendo em vista a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil e a compulsoriada-

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Não-comprovação dos requisitos essenciais: posse, esbulho, data do esbulho e perda da posse. Configuração indubiosa da compra-e-venda e subsequente posse da gleba há mais de dois anos. Improvimento do apelo. Confirmação da sentença.

Ap. Cív. 998/88. Relator: Juiz JO-

de de ratificação de todos os atos praticados no processo pelo procurador dos ora apelados, com intimação na comarca de origem (acórdão de fls. 100/101), os autos do apelo retornaram à pauta para julgamento.

Segundo ensinamento dos doutos, a reintegração de posse é originada dos antigos *retinendo possessiones* ou da *actio spolii* do direito canônico. Seus requisitos são a prova da posse, do esbulho e a perda da posse.

É lição consabida que, além dos requisitos próprios da ação, torna-se necessária a prova de violência, para que se concretize a expedição do mandado de reintegração, prova esta que se fará por meio de documentos, ou através de uma justificação durante a qual se ouvirão testemunhas, facultando a lei ao juiz ouvir o réu.

Como é bem de ver, desde a fase de cognição unilateral (justificação de posse), o magistrado proclamou de maneira clara e categórica: "Feita a justificação prévia, ouvindo-se três testemunhas arroladas pela autora, não restou sobejamente provado o esbulho, uma vez que uma das testemunhas, Joaquim M. Pereira, fl. 20, afirma categoricamente que a autora vendeu sua propriedade, por intermédio de Porfírio Belisário de Almeida, a Manoel Magalhães Vilasboas.

Pela inspeção – assevera o togado linhas adiante –, ficou constatado que a área litigiosa foi cercada há mais de ano pelo réu, o qual plantou uma roça de mandioca, que ainda não colheu, numa área de mais ou menos um hectare e meio.

O decreto judicial fere o ponto fundamental da demanda, ao sublinhar a motivação e ao asseverar, com todo acerto, que não comete esbulho aquele que detém a posse por qualquer razão de direito.

Giza que, se a autora vendeu parte de sua propriedade ao réu, para adquirir, como adquiriu com o produto da venda, uma casa residencial na cidade de Cachoeiro, não pode agora, via ação possessória que alegou, retirá-lo da posse.

Não padece dúvida que os apelados adentraram na gleba por força de um acordo e, a partir daquela audiência, o réu apossou-se de toda a área e começou a promover derrubadas.

E, porque estava detendo a posse com o *animus* de possuidor, beneficiando-a para tirar proveito econômico dessa mesma posse; utilizá-la e torná-la produtiva.

A decisão está arrimada na prova dos estudos e se escuda na prova testemunhal.

Em verdade, a autora não comprovou o efetivo exercício da posse. Requisito *sine qua non* à propositura da ação reintegratória é que o requerente comprove a sua posse. A prova da posse é pressuposto básico para o ingresso em juízo.

Torrencia é a jurisprudência dos tribunais sobre o assunto:

"A concessão de reintegração de posse tem como primeiro pressuposto a prova de efetivo exercício da posse pelo autor, sem o que não há cogitar de esbulho" (ac. do TJ-RS in Alexandre de Paula, *O Processo à luz da jurisprudência*, v. 71, p. 657).

In casu, Anísia Ana de Jesus não provou a posse, o esbulho e a perda da posse.

O esbulho, no significado gramatical vindo do verbo esbulhar, significa espoliar, despejar. O conceito jurídico nos é dado como o despojamento integral da posse ou como a completa privação do exercício do poder constitutivo da posse. Em outras palavras, é essencial que o possuidor seja expulso ou despejado da casa, impossibilitado de continuar sua posse.

Por derradeiro, o último requisito da ação de recuperação é a perda de posse, segundo o qual é mister que o esbulhado prove a sua perda total; que esteja convencido de que realmente sofreu tal perda; que tal perda tenha sido contra sua vontade. É indispensável, pois, que a violência traga a perda da posse, embora não seja resultado de coação material sobre a pessoa do pos-

suidor.

Por tais motivos, nega-se provimento ao apelo para confirmar a sentença do nobre doutor juiz *a quo*, que se houve, com integral acerto, fiel aos princípios que regem a ação de reintegração de posse, que tem a finalidade de recuperar a posse perdida, e é chamada de esbulho ou de força espoliativa ou ainda de restituição ou de recuperação.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 23 de outubro de 1990. Osmar Oliveira — Presidente. José Geminiano da Conceição — Relator.

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES.

A sociedade deverá ser autorizada pela Assembléia Geral. A deliberação deverá ser tomada em Assembléia Geral Ordinária e, se prevista na ordem do dia, em Assembléia Geral Extraordinária. Assistência de pessoa jurídica de direito público, acionista — admissibilidade —, eis que assistente e assistida não se confundem na mesma pessoa, havendo indvidoso interesse jurídico do Estado, que se habilita como interveniente. Ausência de pressuposto essencial, tal como autorização da Assembléia Geral Extraordinária, com previsão do tema deliberandum (instauração de ação de responsabilidade) na ordem do dia; extinção do processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, IV, do Código de Processo Civil. Assistência admitida. Recurso improvido. Processo extinto.

Ap. Cív. 397/90. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 397/90, da Capital, em que figuram como apelante

Desenbanco — Banco de Desenvolvimento do Estado da Bahia — e apelados Jorge Lins Freire 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, eis que:

A sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, arrimada no art. 267 do Código de Processo Civil. Invoca a meritíssima juíza o inciso VI do sobredito dispositivo de nossa lei processual codificada. Decerto, por equívoco, talvez mesmo pela transcrição equívoca, dada a vénia, de pensamento não muito técnico, que “explicitou o preceito a necessidade de prévia deliberação assemeclar como condição de legitimação *ad causam*” (fl. 1.151).

Não padece a ação da falta de qualquer das condições, a saber: possibilidade jurídica do pedido (material), legitimação para a causa ou interesse de agir (art. 267, VI, do CPC). A questão está indvidosamente na ausência de pressupostos processuais (art. 267, IV, do CPC).

É possível que tenha havido erro datilográfico, isto é, VI em lugar de IV — inversão por lapso, mesmo porque a própria sentença traz à colação ensinamento de Cândido de Oliveira Neto, citado por Calmon de Passos, em torno de pressupostos processuais, *in casu*, considerando carência de ação (*lato sensu*) a ausência de pressupostos processuais.

Não há, nem mesmo ao longe, ofensa à Constituição Federal, como não existe à lei federal; ao contrário, cumpre-se o quanto disposto na Constituição da República, no que concerne ao devido processo legal, tão a gosto dos extremados formalistas que chegam a entender que o fim do processo está na forma; observou-se seriamente a lei, principalmente no que impõe: extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: ... é precisamente a hipótese.

A rigorosa observância do preceito contido no art. 159 da Lei de Sociedades por Ações é princípio imperativo, porque se trata de norma cogente, que im-

põe a presença essencial ou indispensável, cuja falta é defeso ao juiz sanar, ainda que a requerimento da parte, muito menos *ex officio*, já que nada a respeito foi pedido.

A lei diz, art. 159, *caput*:

“Compete à Companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral (*condictio sine qua non*), a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”. E mais adiante, § 1º:

“A deliberação poderá ser tomada em Assembléia Geral Ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela (ordem do dia) incluído, em Assembléia Geral Extraordinária”.

Vê-se, sem muito esforço, o poderá se dirigir aos dois tipos de assembleia geral (ordinária ou extraordinária; na segunda hipótese, porém, desde que conste da ordem do dia ou seja assunto nela incluído). Não se trata, como entende o autor, de uma faculdade no que tange a precisar ou não de assembleia geral ou de estar ou não incluído na ordem do dia. A faculdade é quanto a uma das formas indicadas mas sempre imparativamente observada uma delas (ordinária ou extraordinária, esta com ordem do dia específica). Precisamente, o que o autor não fez, ao optar pela Assembléia Geral Extraordinária, esquecendo-se da obrigatoriedade ordem do dia.

Não se pode, por isso mesmo, falar do ato jurídico perfeito, que está definido no art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a saber:

“Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Rigorosamente, foi o que não ocorreu, uma vez que o ato se consumou ao arrepio da lei de seu tempo, razão por que ato jurídico perfeito inexiste, por quanto para que a Assembléia Geral Extraordinária deliberasse pela instauração da ação de responsabilidade civil contra os administradores teria de fa-

zê-lo mediante prévio edital, de cuja ordem do dia obrigatoriamente teria de constar esse fim específico e grave, sem o que tudo o quanto deliberado deságua na extinção do processo sem alcançar o *meritum causae*. É a lição do mestre Darcy Arruda Miranda Jr. em seus *Commentários à Lei de Sociedades por Ações* (Lei 6.404, de 15.12.76).

Cuida-se de ausência de pressuposto objetivo extrínseco, por falta de prévia formalidade essencial à constituição e ao desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do Código de Processo Civil). Era defeso ao apelante realizar Assembléia Geral Extraordinária sem ordem do dia específica, ainda que, indiretamente, e nela ressolverem os acionistas instaurar ação indenizatória contra ex-administradores e por diante passando ao atropelo sistemático de textos expressos de lei e de normas imperativas, chegando-se à máfí escancarada, porque em descuido de juristas não se acredita, como de erro de advogados não se cogita, já que é grosseiro demais o admitir-se a desnecessidade de Assembléia Geral Ordinária ou de Assembléia Geral Extraordinária com ordem do dia clara e precisa, para chegar ao abuso de prejudicar pessoas, perversamente, ofendendo-se a lei de que se pretende valer.

Por todas essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, nega-se provimento ao recurso, confirmando a sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular.

Salvador, 29 de agosto de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Luiz Pedreira – Relator.

AÇÃO REVISIONAL. REVELIA. COMPARECIMENTO DO RÉU ANTES DO JULGAMENTO. PERÍCIA. INDISPENSABILIDADE. NULIDADE DA SEN-

TENÇA.

Comparecendo o revel antes do julgamento, está excluída a incidência do art. 330, II, do Código de Processo Civil. "Em ação revisional de aluguel, é indispensável a realização da prova pericial, apesar da revelia do réu" (RT 618/142).

Ap. Cív. 796/90. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 796/90, da comarca da Capital, sendo apelante Everaldo Pereira dos Santos e apelado Manoel Francisco Fernandez Carneiro.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em acolher preliminar de nulidade da sentença.

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

Em suas razões recursais, suscita o apelante três preliminares.

De início, requer a nulidade do processo *ab initio*, desde quando, tendo vista o valor dado à causa, haveria de ser observado o rito sumaríssimo previsto no art. 275, I, do Código de Processo Civil.

Ressalve-se, de logo, que o ora apelante, quando apresentou a sua resposta, mesmo que intempestiva, não suscitou qualquer nulidade do processo, não podendo, agora, em fase recursal, insigniar-se quanto ao procedimento.

Além disso, se não bastasse o fato de estar a ação revisional prevista em lei especial adjetiva, acresce-se que a adoção do rito ordinário não causou qualquer prejuízo ao apelante.

Insigna-se o apelante, também, com a falta de despacho anunciador do julgamento antecipado da lide, a ensejar a nulidade da sentença, principalmente porque o próprio autor requereu a produção de prova pericial.

Realmente, observa-se às fls. 20/21

que o autor, mesmo requerendo a decretação da pena de revelia, pediu a produção de prova pericial, indicando, inclusive, o seu assistente técnico.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal que: "Se o revel comparece antes do julgamento, está excluída a incidência do art. 330, II" (RTJ 75/275).

No caso em apreço, cuidando-se de ação revisional de aluguel, e tendo o autor requerido a produção de prova para o arbitramento do novo aluguel, não poderia o juiz *a quo* julgar antecipadamente a lide.

Aliás, é a orientação jurisprudencial no sentido de que: "Em ação revisional de aluguel é indispensável a realização da prova pericial, apesar da revelia do réu" (RT 618/142).

Ante o exposto, deu-se pela nulidade da sentença, para que seja produzida a prova pericial, inclusive, requerida pelo autor, tornando-se prejudicada a preliminar de nulidade da sentença por *extra e ultra petita*.

Salvador, 5 de dezembro de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO. ATO COMISSIVO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. QUESTÃO INTREINADA ENSEJANDO A DÚVIDA. INDEFERIMENTO DO WRIT.

Não há como acolher-se o pedido de segurança se a prova trazida com a impetração não se mostra convincente quanto à liquidez e à certeza do direito que se diz violado, persistindo a incerteza, em face da complexidade dos fatos trazidos à apreciação e julgamento.

Mand. de Seg. 92/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 92/88, de Riachão do Jacuípe, tendo como im- petrantes José Ramiro Ferreira e sua mulher e como impetrado o Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da comarca.

Acordam, unanimemente, os de- sembargadores componentes da Pri- meira Câmara Cível do Tribunal de Ju- stiça da Bahia em indeferir a segurança, e assim decidem tendo em vista que:

Pretende-se, como se verifica dos fundamentos expendidos na impetração de fls. 2 *usque* 5, através do presente *mandamus*, com o pretexto de se dar cumprimento ao acórdão proferido na ação rescisória 2/82, da comarca de Riachão do Jacuípe, o cancelamento do registro, no Cartório de Imóveis e Hi- potecas, da escritura pública de compra- e-venda relativa ao imóvel denominado "Esmeralda".

Este o objetivo do *writ*, já que a autoridade indigitada coatora, embora provocada pelos im- petrantes, quando da execução do acórdão rescindendo, teria se omitido na prestação jurisdicional quanto ao cumprimento do julgado.

À primeira vista, pareceu tratar-se de problema cuja solução não seria a de im- petrar-se segurança, mas de reclamação, ou mesmo, representação, da com- petência do egrégio Conselho da Ma- gistratura, porque diz respeito ao exer- cício da atividade judicante do magistrado, tanto que, nas informações que este prestara, procura ele defender-se das acusações que lhe foram assacadas, de ser um juiz omisso, negando tivesse fal- tado, em qualquer oportunidade, ao cumprimento dos seus deveres.

Mas, apesar dessa primeira com- preensão, já substituído o relator in- icialmente sorteado que, através de sim- ples despacho, concedera o provimento cautelatório para cancelar o registro de uma escritura, autorizado por sentença transitada em julgado, deu-se ao pro-cesso mandamental a sua tramitação re- gular, com a ouvida, inclusive, do dou- tor procurador de Justiça, que opinou

pelo indeferimento da segurança.

Por mais que se queira entender da argumentação desenvolvida na peça vestibular, não parece que tivesse ocor- rido violação a direito individual, líquido e certo dos requerentes, e a esse enten- dimento chega-se com a leitura do pró- pio acórdão que presentemente se exe- cuta, como também da sentença e do aresto que motivaram o ajuizamento da ação rescisória.

Da sentença que julgou improce- dente a ação de anulação promovida pelos im- petrantes, mantido fora o re- gistro da escritura no cartório de imó- veis, porque entendido como regular os atos que o precederam, compreensão que se afina com o *decisum* proferido na ação de execução de obrigação de fazer, de 29 de agosto de 1979, que concluiu pela expedição de alvará a fim de que fosse o imóvel "Esmeralda" transscrito no registro competente.

Nenhuma modificação houve com o julgamento do recurso apelatório, pela Segunda Câmara Cível, dele constando o seguinte:

"O registro da escritura fica manti- do, uma vez que podia ser lavrado inde- pendente desta ação".

Também, inobstante ter sido julga- da procedente a ação rescisória e rescin- dido o acórdão com a determinação do retorno dos autos ao juízo de origem, já que o vício apontado teria afetado o processo anterior, a merecer fosse re- feito, não se infere, entretanto, dos seus termos e conclusões fosse anulado o re- gistro da escritura do imóvel em refe- rência para que outro fosse feito em nome dos im- petrantes.

Embora tudo isso se perceba do exame dos autos, entendem, entretanto, os im- petrantes que na execução do jul- gado haveria o doutor juiz impetrado de proceder ao cancelamento do registro, o que não fez, ensejando a impetração por ato comissivo.

Ora, os litisconsortes, integrando a lide, pensam de modo diferente, quando alegam que o *decisum* constante da ação rescisória jamais atingira o registro da fazenda Esmeralda, transcrita em nome

deles desde 1980, por força de decisão jamais atacada no particular.

Como se vê, a questão não é pacífica, mas, ao contrário, é intrincada, como acentua a dnota Procuradoria de Justiça. Nem a documentação acostada traz uma definição convincente, nem os argumentos de parte a parte fornecem elementos dos quais se possa vislumbrar a existência de um direito líquido e certo, a exigir a proteção, através do remédio heróico ajuizado.

Desenganadamente, o pleito foge, como já fora observado, "ao espírito do *mandamus* ante a complexidade dos fatos trazidos à discussão, e o questionamento sobre se a validade do registro da fazenda Esmeralda foi ou não objeto da ação rescisória julgada procedente", não havendo, assim, uma resposta que conduza à certeza e liquidez do direito que se disse violado.

Por tudo isso, e endossando-se *in toto* os fundamentos esposados no parecer do doutor procurador de Justiça, indefere-se a segurança, cassando-se, via de consequência, a liminar para que tudo volte ao seu *statu quo ante*.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 20 de dezembro de 1989. DERMEVAL BELLUCCI - Presidente e Relator.

BUSCA E APREENSÃO. DEFERIMENTO DE LIMINAR. NATUREZA CAUTELAR DA MEDIDA. CESSAÇÃO DA EFICÁCIA.

Concedida a liminar em ação de busca e apreensão, tem o beneficiário o prazo de 30 dias para ingressar com a ação principal. Assim não o fazendo, a negligência implicará na cessação de sua eficácia, decretada ainda que de ofício por se tratar de prazo decadencial. Intelligência do art. 808, I, do Código de Processo Civil. Apelação provida.

Ap. Cív. 817/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 817/88, de Riachão do Jacuípe, tendo como apelante Antônio Ferreira de Oliveira e como apelado Francisco Gregório do Nascimento.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, fazendo integrar ao presente o relatório da sentença de fl. 133 e seguintes, complementado pelo de fl. 236, em dar provimento ao recurso, e assim o decidem, tendo em vista que:

O autor apelado moveu ação de busca e apreensão, visando reinvestir-se na posse de gado bovino, que lhe fora arbitrariamente arrebatado pelo réu-apelante, com auxílio da polícia, com o fundamento de ressarcir-se este de furto que o autor-apelado praticara contra seu patrimônio, baseando-a nos arts. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, no capítulo que trata do processo cautelar.

O feito se processou no rito das ações cautelares, com decretação de liminar e citação para resposta, esta no prazo de cinco dias.

Verifica-se que o autor-apelado, embora ajuizando ação cautelar preparatória específica, busca e apreensão, deixou de anunciar, na exordial, o processo principal, em afronta ao disposto no art. 801, III, do Código de Processo Civil.

Ora, obtendo deferimento da liminar pretendida e executada a medida, jamais intentou a ação principal, na expectativa, talvez, de se tratar de processo autônomo, quando, em verdade, tem a natureza cautelar.

Assim, o não-ajuizamento da ação principal importa na cessação da eficácia da cautelar, nos termos do art. 808, I, do Código de Ritos; essa cessação de eficácia, equivale dizer, acarreta, como con-

seqüência lógica e natural, a extinção da ação de busca e apreensão preparatória.

Este é o entendimento unânime da doutrina e jurisprudência.

Por estas razões, dá-se provimento ao apelo para decretar a extinção do processo, ou seja, da medida cautelar, até porque se trata de prazo decadencial, podendo, pois, ser reconhecida a decadência e, em consequência, decretada a extinção, ainda que de ofício.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 12 de janeiro de 1990. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

CONTRATO. DIVERSIDADE. FUSÃO. INADIMPLÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência aceitam a tendência de direito de permitir às partes a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados, realizando a fusão de diversos num contrato só. Inexistindo nos autos qualquer comprovação de que teria a ora apelante recebido o financiamento contratado, alicerçada ficou a argüida inadimplência da autora.
Ap. Cív. 990/90. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 990/90, da comarca de Ilhéus, sendo apelante Orlando Pamponet Sampaio e apelado Correa Ribeiro S/A – Comércio Exterior.

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, dar provimento ao apelo.

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

Insurge-se o apelante contra a sentença de primeiro grau, que julgou procedente ação de depósito proposta por Correa Ribeiro S/A – Comércio Exterior.

Em suas razões, insiste o apelante nas preliminares de carência de ação e inépcia da inicial.

Entende, assim, que não trouxe a autora para os autos nenhum contrato de depósito, mas um contrato de compra-e-venda de cacau para entrega futura, donde se deduz a sua ilegitimidade, por não ter titularidade da pretensão e, consequentemente, falta de interesse de agir.

Realmente, discute-se no processo a inexecução de um contrato de compra-e-venda. Todavia, observa-se que tal contrato não se limita a ser, simplesmente, de compra-e-venda, pois a sua cláusula 3^a apresenta elementos do contrato do depósito, a se concluir, pois, pela figura de um contrato misto, pois realiza uma fusão de compra e venda com o depósito.

Ressalte-se que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência aceitam a tendência do direito de permitir às partes a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados, realizando a fusão de diversos ou moldes num contrato só.

Assim, no caso *sub judice*, existe uma compra-e-venda, convencionando-se que o vendedor funcionaria como depositário da coisa vendida, com a obrigação básica de custódia, em favor e no interesse do comprador, agravando-se, pois, para o devedor as responsabilidades que a lei civil estabelece na hipótese do depósito.

Diante disso, a ação de depósito é perfeitamente adequada para o caso, pois o depositário tem a obrigação de resistir o bem depositado, sem o que a garantia do funcionamento desaparece.

Conseqüentemente, não há como considerar-se a autora carecedora da ação proposta, desde que, aceitando o apelante a cláusula que configurava o depósito, passou a autora a ter a legitimação.

midade para a ação de depósito, bem como o interesse de agir, diante da inadimplência do réu, e, ainda, consequentemente, não há como vislumbrar-se a impossibilidade jurídica do pedido, que ensejaria a inépcia da inicial alegada.

Desse modo, desmereceram acolhida as preliminares já rechaçadas pela sentença de primeiro grau.

No mérito, torna a insistir o apelante na bilateralidade do contrato de compra-e-venda, para argüir a inadimplência da autora, que não pagou o financiamento contratado, apesar de ter o apelante entregue cerca de metade do cacau vendido, como asseverado pela própria autora.

Ademais, entende o apelante que, diante da alegação de que o contrato em questão foi para cobrir o contrato anterior, não totalmente cumprido pelo apelante, haveria o juiz *a quo* de atentar para o ônus da prova, desde que caberia à autora provar o débito resultante do contrato de 1984, trazendo aos autos o demonstrativo das entregas feitas pelo apelante e a inadimplência verificada.

Realmente, compulsando-se os autos, conclui-se pela procedência das alegações do apelante.

Considerando-se, de início, a argüida inadimplência da autora, vê-se que inexiste nos autos qualquer comprovação de que teria o ora apelante recebido o financiamento contratado.

Com efeito, analisando-se o depoimento do preposto da autora, às fls. 82/83, diz ele que existem três formas de financiamento ao produtor: a) a primeira, com pagamento imediato em cheque; b) a segunda, sem a entrega de dinheiro, que é a venda de coisa futura; c) a terceira, "para cobertura do contrato anterior, é possível e comum na região o devedor assinar contratos, inclusive promissória, e não receber o dinheiro", "sendo feito um crédito em conta corrente, liquidando débito anterior" (grifos nossos).

Ora, é de se entender, portanto, que, tendo a autora alegado a sua adimplência, tal fato haveria de ser comprovado, fosse através de cheque ou, então,

como informa o seu preposto, "através de crédito na conta corrente, liquidando o débito anterior", já que, segundo ela, o contrato em discussão estaria cobrindo outro contrato anterior, não cumprido pelo ora apelante.

Entretanto, não há como comprovar-se tenha a apelada efetivado, de qualquer forma, o pagamento do financiamento contratado.

Mas, não é só; argüindo a autora que o contrato em questão fora para a cobertura de financiamento em contrato celebrado anteriormente e não cumprido pelo apelante, é certo que deveria ela trazer para os autos o contrato anterior e a consequente inadimplência do apelante.

Infelizmente, não se encontra nos autos qualquer demonstração da veracidade da alegação da autora, não sendo crível que tenha em seus arquivos o referido contrato celebrado em 1984, e a devida comprovação da inadimplência do devedor, desde que a realidade econômica do país demonstra a coação exercida pelo mais forte contra o elemento economicamente fraco, deixando-o à mercê de qualquer proteção jurídica.

Diante de tais razões, há de concluir-se que não restou comprovada a inadimplência da autora, tampouco a alegação da natureza substitutiva do contrato em questão para cobrir contrato anterior, já que inexistente nos autos tal contrato, aliando-se que, a execução parcial do apelante do contrato em foco não há que ser entendida como prova cabal da "inexistência do contrato questionado, como quis a sentença recorrida".

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, entendeu-se pelo provimento do recurso, no mérito, para que seja o pedido julgado improcedente, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Salvador, 5 de dezembro de 1990.
Derméval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

DENÚNCIA VAZIA. JULGAMENTO ANTECIPADO. RETOMADA. FUNDO DE COMÉRCIO. INADMISSIBILIDADE. IMPROVIMENTO AO AGRAVO.

Cuidando-se de denúncia vazia, onde não se permite a discussão do mérito, desde que prevaleça a manifestação unilateral do locador em não continuar com a locação, totalmente admissível é o julgamento da lide sem instrução do processo. Em se tratando de locação regida pela Lei 6.649/79, não se admite a indenização pelo "fundo de comércio".

Ap. Cív. 1.402/90. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.402/90, da comarca da Capital, sendo apelante João Batista de Souza Bahia e apelado Jesus Moreira Martinez.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em negar provimento não só ao agravo retido como ao apelo.

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

Preliminarmente, requer o apelante a apreciação do agravo retido de fl. 25, reiterado à fl. 29, interposto contra a decisão que determinou o julgamento antecipado da lide.

Aduz o agravante que, tendo sido a notificação rechaçada por meio de protesto judicial, e diante das questões suscitadas na defesa, necessária seria a instrução do processo.

Em que pese a irresignação do agravante, temos que o agravo não merece prosperar.

Com efeito, as alegações do réu, sobre a vinculação do contrato comercial com o residencial, e a pretendida indenização por fundo do comércio trata-

va-se, na espécie, de matéria de direito, devidamente documentada nos autos, tornando viável o julgamento antecipado da lide.

Se não bastasse, cuidando-se de denúncia vazia, onde não se permite a discussão do mérito, desde que prevaleça a manifestação unilateral do locador em não continuar com a locação, totalmente admissível é o julgamento da lide sem instrução do processo.

Dessa forma, julgou-se improvido o agravo.

Examinando-se o apelo, observa-se que o apelante, recorrendo à doutrina, insiste em que a relação jurídica decorre de um contrato de locação desmembrado, em que "um depende do outro de tal modo que conservou a individualidade própria", distinguindo-se, assim, do contrato misto.

Em verdade, verifica-se nos autos que, entre as partes, foi pactuado um contrato de locação para fins residenciais de um apartamento (fl. 14), ficando ali consignada a utilização da garagem para fim comercial.

Posteriormente, realizavam as mesmas partes o contrato de locação de natureza comercial, da garagem do referido apartamento (fl. 15), o que significa que existem dois contratos, sendo um de natureza residencial e outro de natureza comercial.

Observa-se, ainda, que o contrato de locação de fl. 14, ou seja:

"Na hipótese do locatário encerrar o comércio, a garagem continuará fazendo parte do apartamento térreo para uso doméstico do locatário, não podendo ser alugado para terceiro. O vínculo da garagem ao apartamento térreo consta do contrato de locação já existente entre o locador e o locatário, para fins residenciais. Assim fica claro que, no ato da entrega do apartamento, terá também que devolver a garagem".

Com base em tal cláusula, entende o apelante que, a admitir-se o encerramento da atividade comercial, deveria retornar a garagem ao apartamento locado.

Todavia, existe uma ponderação

a ser feita, ou seja, desde o início, ficou consignada uma locação mista, em que a garagem se prestava para fins comerciais, e, de acordo com a cláusula acima transcrita, o vínculo da referida garagem com o imóvel residencial se daria na hipótese de o "locatário encerrar o comércio" e da entrega do apartamento, situação em que, também, seria devolvida a citada garagem.

Há de se entender, pois, que, diante da preponderância da destinação comercial da garagem, não se desincumbiu o locatário de precaver-se contra a hipótese de não mais convir ao locador a locação comercial da garagem.

Por outra face, cuidando-se de locação regida pela Lei 6.649/79, a não se admitir a indenização pelo "fundo de comércio", verifica-se que renunciou o apelante a qualquer benfeitoria, conforme cláusula 4^a do contrato de fl. 15.

Ante o exposto, negou-se provimento ao apelo.

Salvador, 28 de novembro de 1990.
Dermeval Bellucci - Presidente. Manuel Pereira - Relator.

ção fora outorgada por filho seu, que sempre dirigiu e administrou os seus negócios. Inobstante, há que considerar-se que os atos anteriormente praticados mereceram ratificação expressa, na forma do art. 1.296 do Código Civil. Tratando-se de retomada imotivada em que foram atendidas as formalidades legais pertinentes, inclusive a notificação judicial quanto ao propósito de não se pretender a continuidade da locação, e por se achar esta ao desabrojo da Lei de Luvas, quanto à alegação de fundo de comércio, certa a sentença que, dando pela procedência da ação, rescindiu o contrato e decretou o despejo.

Ap. Cív. 1.016/89. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.016/89, de Ipirá, tendo como apelante Luiz Gustavo Pires Santos e como apelada Maria de Lourdes Dultra Cintra.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, fazendo integrar ao presente o relatório da sentença de fls. 57 usque 59, complementado pelo de fls. 81 a 82, em rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento à apelação, e assim decidem pelas razões e fundamentos adiante expostos.

Constatata-se dos autos que Maria de Lourdes Dultra Cintra, na condição de proprietária do imóvel localizado na Av. César Cabral, 43, na cidade de Ipirá, promoveu, contra Luiz Gustavo Pires Santos e outros, ação de despejo, objetivando a retomada por não mais lhe convir a locação, cuja vigência, findo o prazo antes pactuado, passara a ser por tempo indeterminado.

Precedendo a postulação, fez a autora notificar os seus inquilinos, dizendo do seu propósito em querer o prédio de volta, à simples alegação de não mais pretender a continuidade dessa locação.

DENÚNCIA VAZIA. LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL. NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO. ARGÚIÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA SENTENÇA E DO PROCESSO POR FALTA DE REPRESENTAÇÃO DA AUTORA PELO ADVOGADO PARA POSTULAR EM SEU NOME. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. MÉRITO DA QUESTÃO NÃO DISCUTIDO. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Inaceitável o argumento para efeito de declarar-se a inexistência do processo e da sentença por faltar ao advogado representação para requerer em nome da autora, porque caracterizado, in casu, um mandato tácito, já que a procura-

O processo teve tramitação regular, finda a qual houve por bem o doutor juiz *a quo*, através de sentença fundamentada, julgar o pedido procedente, decretando o despejo e fixando prazo aos réus para a desocupação do imóvel, com as cominações de direito quanto às custas processuais e honorários advocatícios.

Inobstante ter sido a ação intentada contra três dos apontados locatários, somente um deles, de nome Luiz Gustavo Pires Santos, recorreu da sentença, oportunidade em que argüiu, como preliminar, a inexistência da sentença e do processo, ante a ausência de representação da autora pelo profissional que se diz seu advogado. Argumenta o apelante que a ação de despejo foi ajuizada em nome de Maria de Lourdes Dultra Cintra, na condição de titular do direito, porque proprietária do imóvel locado, disso nascendo a necessidade de sua representação em juízo para o exercício do *jus postulandi*, consoante o disposto nos arts. 36 e 37 do Código de Processo Civil, que tratam da representação e do instrumento procuratório.

Ora, não há negar que as procurações existentes nos autos, ambas com a mesma data – 26 de abril de 1988 –, outorgam poderes contidos na cláusula *ad judicia* e extra ao advogado que ingressou com a notificação judicial e posteriormente com a ação de despejo, e, embora uma e outra tenham sido ajuizadas em nome de Maria de Lourdes Dultra Cintra, entretanto, ditas procurações são assinadas por outra pessoa, pois as assinaturas, apesar de ilegíveis, foram reconhecidas por notário, que certamente as identificou.

Ocorre, porém, que essa pessoa que se aponta de estranha não é outra senão o filho da apelada, que sempre geriu e administrou os negócios da genitora, que é viúva e de idade avançada, como do conhecimento geral da cidade onde ambos residem, consoante se informa à fl. 73. E como gestor, assim apontado, não era de admirar-se que ele mesmo outorgasse uma procuração a um advogado para defender interesses de sua

própria mãe em juízo, interesses que se harmonizam com os mandamentos legais pertinentes à retomada de imóvel.

A própria lei e a doutrina admitem o mandato tácito, embora restrito às hipóteses previstas e limitado à prática de atos implicitamente autorizados.

De ressaltar, a esse respeito, o ensinamento de Plácido e Silva (*In Tratado do mandato e prática das procurações*, v. 1, p. 74), trazido à colação:

“Com maiores razões, se o marido viaja ou se encontra ausente, passa a mulher a administrar os bens do casal. Também, em circunstâncias idênticas, considera-se mandato tácito a toda pessoa que faz vida comum com uma outra, assim, por exemplo, os filhos à sua mãe viúva”.

Em verdade, o que se pretende, *in casu*, é a retomada de imóvel locado com base em norma legal vigente, ato perfeitamente admitido e autorizado por lei, e ninguém melhor do que o filho da sua proprietária, como gestor de todos os seus negócios, para adotar as provisões legais ao fim colimado, que também é da vontade da genitora, inclusive, conferindo poderes a profissional habilitado para o exercício do *jus postulandi*. É como estivesse exercendo um mandato tácito, tendente à realização de um ato que é da vontade da mandante e que tem apoio em dispositivo legal.

Mas, se isso tudo não bastasse, atente-se para o fato de que o exercício do mandato em tais circunstâncias não impede a ratificação dos atos que foram praticados. A esse entendimento conduz a norma contida no parágrafo único do art. 1.296 do Código Civil, assim expresso:

“A ratificação há de ser expressa ou resultar de ato inequívoco e retroagirá à data do ato”.

É certo que o ato praticado sem poderes é suscetível de ratificação, que é conceituada “como o negócio jurídico unilateral receptício pelo qual o sujeito torna próprios os efeitos do ato que ouvem, sem poder de representação, pra-

ticou em nome do ratificante" (cf. José Paulo Cavalcanti, in *Da Renúncia do Direito Civil*, p. 116).

No caso em apreço, trouxe a autora, com as suas razões de apelada, o termo de ratificação devidamente assinado e com firma reconhecida, no qual ratifica todos os poderes conferidos a seu filho, José Luciano Dultra Cintra, inclusive o de constituir advogado para defender seus interesses (fl. 77).

Assim, ainda que não se aceite que o outorgante nas procurações que constituiu advogado estivesse no exercício de um mandato tácito, o termo de ratificação de fl. 77 põe por terra a alegação do apelante, no que diz respeito à falta de representação do profissional para postular em nome da apelada e a inexistência da sentença e todos os atos que a precederam. E, atente-se bem, que a ratificação retrocedeu, na forma do disposto na lei substantiva civil, até o dia em que o ato da outorga da procuração foi realizado. Conseqüentemente, válidos a instauração do processo de despejo e todos os atos que nele se contêm, inclusive, a sentença.

Nem se diga que foi inoportuna a ratificação, quando a lei não fixou prazo para que seja ela efetivada, tanto que ela retroage, justamente para validar o que foi feito por alguém sem poder de representação. A julgá-la extemporânea e incapaz de validar os atos anteriormente praticados, como quer o apelante, o mesmo haveria de ocorrer com a alegação feita somente com as razões do seu recurso, quando oportunidade teve, desde a contestação, de argüi-la, mas não o fez.

Com estes fundamentos, rejeita-se a preliminar.

Quanto ao mérito, nenhuma impugnação fez o apelante no seu recurso à sentença que acolheu a pretensão da apelada. Inacolhidos devem ser os argumentos oferecidos na contestação relativos à inépcia da inicial e à carência de ação, porque não caracterizados no caso dos autos, aliás, já rejeitados na sentença.

Trata-se de pedido de retomada de

imóvel locado para fins não-residenciais, haja vista nele funcionar um bar, cujo prazo de locação já expirou, passando a ser por tempo indeterminado. A locadora e proprietária, não pretendendo mais continuar com a locação, dela denunciou, notificando os seus locatários e fixando-lhes prazo para a desocupação, e, como não fosse atendida, ingressou com a ação de despejo sem motivação, perfeitamente admissível em nosso direito, desde que atendidos os pressupostos legais, notadamente, a ocorrência de notificação premonitória.

Cumpridas as formalidades exigidas e por não se abrigar a locação à proteção do Dec.-lei 24.150/34 (Lei de Lamas), que disciplina os contratos de finalidade comercial e que preencham os critérios exigidos à sua caracterização, mas, sob a égide da Lei do Inquilinato e das disposições do Código Civil (Lei 6.649/79 e art. 1.196), a outra solução não poderia chegar o doutor juiz a quo senão à procedência da ação, que ora se ratifica com a confirmação da sentença e o improviso do apelo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 20 de dezembro de 1989. Dernéval Bellucci - Presidente e Relator.

EMBARGOS. NULIDADE. MORTE DA PARTE. DESCONHECIMENTO DO JUÍZO. DÍVIDA. QUITAÇÃO POR QUEM NÃO TINHA CONDIÇÃO DE FAZÊ-LO.

Não é nula a decisão que se proferir, nem o prosseguimento do feito, quando a morte de uma das partes não é levada ao conhecimento do juiz. Sem validade o recibo firmado por pessoa estranha à transação celebrada pelas partes, sem que tivesse poderes para quitar a dívida. Recurso improvido.
Ap. Cív. 445/90. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 445/90, da comarca de Morro do Chapéu, sendo apelante a Prefeitura Municipal de Morro do Chapéu e apelado o Espólio de Delmiro de Souza Oliveira.

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 a preliminar argüida e, no mérito, negar provimento ao apelo.

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

Examinando-se, de logo, a preliminar de nulidade do processo a partir da fl. 26, quando foi noticiado o falecimento do embargado, Delmiro de Souza Oliveira, a ensejar a suspensão do processo, temos que a alegação não merece prosperar, diante do que determina o § 1º, do art. 265, b, do Código de Processo Civil.

Com efeito, além de não constar à fl. 26 qualquer notícia de falecimento do embargado, como aduz a apelante, vê-se que, somente após a decisão de fl. 13, que determinou o julgamento antecipado da lide, é que existe a denúncia do falecimento do embargado, desde que a petição de fl. 15 já constou como peticionante o Espólio de Delmiro de Souza Oliveira.

Assim é que, se não bastasse a orientação jurisprudencial que não é nula a decisão que se proferir, nem o prosseguimento do feito, quando a morte de uma das partes não é levada ao conhecimento do juiz – o que ocorreu na hipótese, desde que não consta qualquer atestado de óbito –, acrescenta-se que segundo o dispositivo acima citado, e aplicável no caso vertente, o processo somente se suspenderia a partir da publicação da sentença.

Rejeitou-se, pois, a preliminar.

Analizando-se o apelo, verifica-se que insiste a apelante nas questões suscitadas nas contestações e devidamente rechaçadas pela sentença de primeiro

grau.

Realmente, persevera a apelante na alegada ilegitimidade *ad causam* do embargado, sob a hipótese que somente o Espólio de Minervina Barbosa dos Santos, como proprietária do bem, poderia atuar judicialmente.

Todavia, totalmente ficou comprovada nos autos a condição do embargado de legatário do referido espólio, tendo sido tal fato devidamente reconhecido pela apelante, quando da celebração do acordo que ora se executa.

No mesmo diapasão, insiste a apelante pela validade do recibo de fl. 6, a ensejar o cumprimento da obrigação, pelo pagamento ao Sr. Gilberto de Souza Oliveira, filho do embargado.

Ora, não demonstrou a apelante que o referido senhor, pessoa estranha à transação celebrada pelas partes, tivesse poderes para quitar a dívida, e, assim sendo, há de se lembrar o adágio de que “quem paga mal paga duas vezes”.

Sobre a alegada prescrição, bem decidiu a sentença de primeiro grau pela não-aplicação do Dec.-lei 910, tendo em vista a natureza da dívida e, mesmo se assim não fosse, o ajuizamento da ação principal em novembro de 1988 interrompeu o prazo prescricional, tendo em vista que a última parcela do acordo venceria em novembro de 1983.

Ante o exposto, acolhendo o parecer do doutor procurador de Justiça, bem como os fundamentos esposados na sentença de primeiro grau, julgou-se improvido o recurso, confirmando-se, integralmente, a decisão recorrida.

Salvador, 5 de dezembro de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

EXECUÇÃO. NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA. INADMISIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO ACOLHIDA. IMPROVIMENTO AO RECURSO.

Tratando-se de execução para

entrega de coisa incerta, inadmissível a nomeação de bem à penhora. Somente depois de seguro o julgo com a entrega da coisa ou o depósito do seu preço poderá o devedor oferecer embargos.

Agr. de Inst. 286/88. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 286/88, de Itabuna, tendo como agravante Sílvio Prates dos Santos e como agravada Itajucal – Comércio e Representações de Cacau Ltda.

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 pelos fundamentos adiante expostos.

O executado agravante insurge-se contra o despacho que, acatando os argumentos da exequente (aggravada), não admitiu a nomeação de bem à penhora, entendendo com isso que ficara caracterizado o cerceio do seu direito de defesa de oferecer embargos.

A rigor, deveriam ser apensados ao agravo de instrumento os autos da execução para uma melhor visão do problema, mas isso não impede se conheça do recurso para apreciação da sua procedência ou improcedência, examinadas, para tanto, as peças que foram trasladadas.

Conforme se verifica à fl. 15, o agravante fora regularmente citado em uma ação de execução, para que, no prazo de 10 dias, fizesse a entrega de 1.010 arrobas de cacau em amêndoas, tipo superior, ou, na impossibilidade da entrega da coisa, depositasse em cruzados o valor do preço na data do depósito, mais as custas processuais e honorários, na base de 20% sobre o valor da causa. Ficara consignado no mandado citatório que, feito o depósito, fosse o executado intimado para o oferecimento de embargos no prazo de 10 dias, sob

pena de revelia.

Não entregando a coisa-objeto do contrato de compra-e-venda de cacau com pacto adiuto a que se obrigou, e sem depositar o preço equivalente, ofereceu o agravante um bem imóvel de sua propriedade (por sinal já dado em hipoteca real em garantia de obrigação anterior).

Inadmitiu o doutor juiz, em despacho fundamentado, a nomeação do bem à penhora para efeito de oposição de embargos, determinando fosse devolvida ao agravante a petição que assim postulava.

Fazendo-se restrição apenas à determinação para que fosse devolvida a petição, entende-se que agira o magistrado corretamente, quando não aceitou a nomeação do bem imóvel à penhora para efeito de opor embargos, já que o agravante não cumpriu qualquer das condições impostas pela lei que rege a espécie: entregar a coisa-objeto do contrato, ou depositar o seu preço, daí por que a impossibilidade de oferecer embargos à execução.

Ora, a ação proposta pela firma agravada é a de execução para entrega da coisa-objeto do contrato, a que o agravante não cumpriu dentro do prazo estipulado (cláusula 5^a, fl. 8). Não se trata, na verdade, como bem o disse a agravada, de ação de depósito, pois, se assim o fosse, já estaria o agravante sofrendo as consequências da pena imposta ao depositário infiel, e, sim, repita-se, de ação de execução para entrega de coisa.

E a jurisprudência dos tribunais tem sido uniforme, no particular, em não se admitir embargos de executado nas execuções para entrega de coisa sem prévia segurança do juiz. São inúmeros os julgados nesse sentido, e dentre eles podemos destacar:

“São inadmissíveis embargos à execução para entrega de coisa sem o prévio depósito do bem reclamado” (ac. unân. da 5^a Câm. do TJ-RJ, de setembro de 1981, na ap. 18.960, rel. Barbosa Moreira, in *O Proc. Civil à Luz da Jurisprudência*, Alexandre de Paula, v. 6,

p. 199).

"Sem o prévio depósito que segure o juízo, não são admissíveis embargos na execução para entrega de coisa" (ac. unân. da 2^a Câm. do TJ-CE, de 26.04.78, rel.-des. Osvaldo Hortêncio de Aguiar, Jurisp. e Dout. v. 112, p. 218, in *O Proc. Civil à Luz da Jurisprudência*, v. 6, p. 197).

Saliente-se a argumentação expandida pelo doutor juiz, na sua sustentação no despacho agravado, que ora se endossa, porque devidamente correta e com apoio em norma legal: *verbis*.

"Trata-se de execução para entrega de coisa incerta (arts. 629 do CPC) que segue as mesmas disposições da execução para entrega de coisa certa (arts. 261 a 268 do CPC). Estabelecem estas que o executado é citado para entregar a coisa, ou, seguro o juízo, apresentar embargos. Nesta opção, só poderão ser admitidos os mesmos com o depósito da coisa em juízo (inc. II do art. 737 do CPC). Ratificando o art. 622 do mesmo estatuto, dispõe que o devedor poderá depositar a coisa em vez de entregá-la, quando quiser opor embargos. Conforme afirma o próprio executado agravante à fl. 4, item I, a execução não teve o juízo seguro, não se lhe abrindo as portas para apresentação de embargos por este motivo".

Como se vê, o despacho agravado tão-somente fez aplicar a lei, nele não se vislumbrando por isso mesmo qualquer cerceamento de defesa que justificasse a sua reforma, daí por que o improvisoamento do agravio.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 9 de agosto de 1989. Dermeval Bellucci – Presidente e Relator.

EXECUÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. REJEIÇÃO. IMPROVIMENTO AO RECURSO.

Não acolhidos os fundamentos relativos à falta de intimação, na penhora dos bens das esposas dos

devedores, porque todos de propriedade da empresa comercial e não dos seus sócios, e à falta de representação, já quem outorga a procuração é justamente quem firmou o contrato de financiamento, e excluída também a obrigatoriedade do refinanciamento que fica a critério do exequente, não há como aceitarem-se os embargos oferecidos.

Ap. Cív. 77/89. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 77/89, de Valente, tendo como apelante Valcofiera – Valente Agro Lavoura Cordoaria e Fiação Industrial Brasileira Ltda. – e como apelado Banco Econômico S/A Crédito Financiamento e Investimento.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, fazendo integrar ao presente o relatório da sentença de fls. 33 *usque* 35, complementado pelo de fls. 54/55, em negar provimento à apelação, e assim decidem pelos fundamentos seguintes.

Trata-se de recurso interposto de decisão que julgou improcedentes os embargos oferecidos à execução promovida por Banco Econômico S/A, Crédito Financiamento e Investimento, contra Valcofiera – Valente Agro Lavoura Cordoaria e Fiação Industrial Brasileira Ltda.

Como se pode constatar dos autos, a embargante, manifestando-se irresignada com a sentença, dela apelou, argüindo, de início, a nulidade da penhora, e, para tanto, aduz os mesmos fundamentos antes oferecidos, embora no recurso não o fizesse sob a forma de preliminares, todas, convém fique assinalado, rejeitadas no juízo *a quo*.

Em primeiro lugar, salienta a apelante que a penhora realizada é nula de pleno direito, porque concretizada em bem imóvel de propriedade do executado Florisvaldo Carneiro da Cunha, sem

que dela fosse intimada a sua esposa, como prevê o art. 669, § 1º, do Código de Processo Civil.

Volta, também, a arguir a falta de representação, invocando o art. 12, VI, da lei processual, quando menciona que somente os diretores da sociedade anônima podem outorgar procuração para o ingresso em juízo, o que não ocorreu no caso presente com o exequente, o que enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de representação.

Alega, outrossim, que a empresa (executada-embargante) sempre manteve negócios com o exequente, através da agência do município de Valente, cumprindo todas as suas obrigações e compromissos assumidos e que, devido aos prejuízos causados ao País pelo Plano Cruzado, não tiveram condições financeiras suficientes para pagar os débitos, não se afigurando justo, em face da Resolução 1.308 do Banco Central – que obriga os bancos credores a refinanciarem os débitos dos seus devedores –, assim não fizesse com a apelante, que tinha condições de saldar as dívidas contraídas.

Estes são os três fundamentos, todos, repita-se, já argüidos e rejeitados na sentença recorrida.

Não procedem quaisquer desses fundamentos, aliás, o doutor juiz *a quo*, ao rejeitá-los com clareza e muita precisão, disse os motivos por que assim o fazia. Os argumentos do *decisum* são convincentes.

Na verdade, a penhora recaiu sobre bens da empresa embargante e não sobre bens particulares dos seus sócios, e a prova está no auto de penhora de fl. 16, da ação de execução (autos em apenso), onde se lê: "Diante disso, passei a penhora e como penhorado fica um depósito para beneficiamento de fibra de sisal e depósitos de cordão de fios de sisal... situado na rua Tomé de Souza, no povoado de São Domingos, neste município..., ficando o bem penhorado em mãos dos executados (ler fls. 16 e verso), que foram regularmente intimados".

É certo que a execução foi promo-

vida contra empresa comercial, e, à falta do pagamento do débito executado, promoveu-se a penhora, recaindo esta em bem de propriedade da firma devedora e não sobre bens particulares dos seus sócios. E a própria natureza dos bens penhorados demonstra isso: depósito e galpões ligados uns aos outros, não trazendo a apelante qualquer prova em sentido contrário.

Dessa forma, desnecessária se fazia a intimação das esposas dos sócios da executada-embargante para funcionarem como litisconsortes passivos, daí por que a sua falta não implica em nulidade da penhora.

De referência à ausência de representação, certo que o contrato de financiamento celebrado entre as partes autoriza o exequente-contraente a promover a execução para reaver o seu crédito (no caso de inadimplência). E quem outorga procuração para tal finalidade é justamente o contraente – o Banco Econômico Crédito Financiamento e Investimento –, agência de Retirolândia, através do gerente e do contador, que assinam o contrato de financiamento. Logo, não há por que alegar-se falta de representação com fundamento em que a procuração teria de ser outorgada pelos diretores do Banco Econômico S.A. Se o gerente de uma agência de uma instituição financeira de crédito pode figurar como contraente numa operação de financiamento e esta se efetiva, certo que, em caso de inadimplência do financiado, a gerência do banco tem plenas atribuições para promover a competente execução da dívida, inclusive outorgando procuração a advogado. Dizer-se que, em casos que tais, fosse a procuração outorgada pela diretoria do banco, a afirmativa não merece acolhida, porque inconsistente e inaceitável a todos os títulos. Inexiste, portanto, falta de representação por violação ao art. 12, VI, do Código de Processo Civil, como entenderia o apelante, razão por que inteiramente improcedente o pedido de extinção do processo.

Por fim, de rejeitar-se a arguição quanto à obrigatoriedade do apelado no

refinanciamento da dívida, com apoio na Resolução 1.308 do Banco Central, que em nenhum dos itens detidamente examinados faz referência à obrigação de instituições creditícias refinanciarem dívidas com seus clientes-devedores, como bem o disse o doutor juiz, na sua decisão.

É preciso não confundir faculdade com obrigatoriedade.

Bem dizer que a apelante é devedora, reconhece o seu débito, e por não merecer mais crédito, porque não honrara o seu compromisso, figurando como inadimplente confessa, veio a ser executada.

Não fez a apelada senão usar do direito que lhe assiste, promovendo a competente ação judicial, acolhida acertadamente pela sentença, que deve ser confirmada em todos os seus termos e conclusões, com o improviso da apelação.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça, 2 de maio de 1990. Dermeval Bellucci - Presidente e Relator.

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

Ruy Messias de Freitas Serravalle propôs contra a Empresa de Transportes Liberdade S.A. uma ação de rito sumaríssimo, visando obter o resarcimento de danos resultantes de acidente de veículo.

Solucionada a lide e transitada em julgado a sentença que condenou a acionada a indenizar os danos que causou, promoveu o acionante, por cálculo do contador, a liquidação da sentença.

Elaborado o cálculo, a devedora, intimada para se manifestar, impugnou seu valor, dizendo que houve excesso na contagem dos juros e erro na apuração da correção monetária.

Opondo-se à impugnação, o credor, realçando que a devedora não se insurgiu contra o critério adotado na elaboração do cálculo nem postulou a exclusão de qualquer de suas parcelas, requereu a atualização do cálculo impugnado e a citação da devedora para quitar a dívida.

Atualizado o valor da dívida, o ilustre juiz *a quo*, sem oferecer às partes oportunidade para se manifestarem sobre o novo cálculo, homologou-o, ensejando a irresignação da devedora, que interpôs o recurso de apelação, queixando-se de cerceio de defesa e postulando a nulidade da sentença.

Do relato supra, extrai-se que a recorrente fundamenta seu inconformismo na falta de intimação para falar sobre o novo cálculo, omissão que, traduzindo inescondível cerceio de defesa, vulnera a regra inserta no art. 605 do Código de Processo Civil, segundo a qual, elaborado o cálculo, manifestar-se-ão as partes sobre ele no prazo comum de cinco dias.

Insubmisso a essa regra, o douto magistrado não deu às partes oportunidade de opinarem sobre o novo cálculo, omissão que, constituindo *error in procedendo*, acarreta a nulidade do processo.

Sufragando esse entendimento, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CÁLCULO DO CONTADOR. INTIMAÇÃO DAS PARTES. IMPUGNAÇÃO DO CÁLCULO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

Não se pode decidir sobre o cálculo sem antes dar às partes oportunidade de impugnação. Havia impugnação, a sentença homologatória deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Ap. Cív. 530/89. Relator: Des. CÍCERO BRITTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 530/89, da Capital, em que é apelante a Empresa Liberdade de Transportes S.A. e apelado Ruy Messias de Freitas Serravalle.

Justiça do Paraná, em decisão unânime, proclamou que:

“Do novo cálculo determinado pelo magistrado, para conversão do *quantum* encontrado à nova moeda corrente, resultando em acréscimo, devem as partes ser intimadas para se pronunciarem. A sentença que julga a liquidação, sem ‘o pronunciamento das partes, é nula’” (*O Processo à Luz da Jurisprudência*, v. 14, suplemento 1, p. 149, Alexandre de Paula).

No mesmo sentido, manifestou-se o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, por decisão unânime de sua Câmara Especial:

“A prévia citação e a oitiva das partes sobre a conta lançada são atos imprescindíveis à validade do processo liquidatório, e sua falta acarreta radical nulidade deste” (*O Processo à Luz da Jurisprudência*, v. 6, p. 141 – Alexandre de Paula).

Ora, *in casu*, tendo o ilustre juiz do primeiro grau de jurisdição determinado a elaboração de novo cálculo, cumpria-lhe intimar as partes para se manifestarem sobre o novo cálculo.

A lei não contém disposições inúteis. Se o art. 605 do Código de Processo Civil estabelece que, elaborado o cálculo, sobre ele as partes se manifestarão, parece-nos claro que se deve oferecer às partes, em atenção mesmo ao princípio do contraditório, oportunidade para esse pronunciamento.

Por outro ângulo, a sentença que homologa cálculo do contador, embora possa dispensar o rigor formal que a lei impõe aos atos processuais do gênero, deve ser fundamentada quando a parte apresenta impugnação.

Com efeito, se a parte, intimada para falar sobre o cálculo, nada diz sobre ele, é de supor-se que o cálculo está correto e, assim, o juiz simplesmente o homologa. Mas, se a parte apresenta impugnação, insurgindo-se contra o critério adotado na sua elaboração ou postulando a exclusão de qualquer de suas parcelas, a decisão homologatória deverá ser fundamentada.

O dissenso entre as partes, relativo

ao modo da elaboração do cálculo ou referente à quantificação de suas parcelas, impõe ao juiz o dever de fundamentar, ainda que sucintamente, sua decisão, pois o vencido precisa saber por que a decisão lhe foi desfavorável.

Na esteira desse entendimento, o Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo assentou:

“A decisão homologatória, principalmente quando impugnada por uma das partes, deve conter fundamentação, caso contrário será nula” (*O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, v. 6, p. 142, Alexandre de Paula).

Na espécie *sub judice*, a apelante, intimada para falar sobre o primeiro cálculo, impugnou-o, censurando o critério adotado na sua elaboração e apontando erro na contagem dos juros e da corréção monetária.

O ilustre juiz *a quo*, decidindo sem dizer as razões de seu convencimento e sem solucionar a impugnação, proferiu sentença nula, devendo, portanto, prolatar outra, com a explicitação de suas razões de decidir.

Por tais motivos, dá-se provimento ao recurso.

Salvador, 19 de dezembro de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Cícero Britto – Relator.

PROCESSO DE CONCORDATA PREVENTIVA. PRELIMINARES DE INTEMPESTIVIDADE E DE COISA JULGADA REJEITADAS.

Decisão interlocutória, entendendo extinta a correção monetária por normas do chamado Plano Cruzado, bem como aplicável o fator de desflação a partir de 03.03.86, mesmo sobre as dívidas vencidas antes do advento de 27.02.86. Prazos peremptórios e continuos, fluindo independentemente de intimação, somente se todos os destinados às partes, órgão do Ministério Público

e ao julgo foram rigidamente observados. Formado o litisconsórcio como no caso da concordata, nas questões prazais, aplica-se o disposto no art. 48 do Código de Processo Civil. Não se cogita de coisa julgada material como resultado de decisão interlocutória. Equívoco o entendimento da extinção da correção monetária; aplicável o disposto no art. 33 do Dec.-lei 2.284/86. O fator de deflação se aplica unicamente às obrigações vencidas depois de 28.02.86, nas quais já se achava incrustada a previsível inflação até os respectivos vencimentos. Recurso provido.

Agr. de Inst. 61/88. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 61/88, de Itabuna, em que figuram como agravante a firma Dantas Reiner, Importadora e Exportadora Ltda. e agravada Itacomcal – Itabuna Comercial de Cacau Ltda.

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

Na Primeira Vara Cível da comarca de Itabuna, deste estado, tem curso ação de concordata preventiva, requerida por Itacomcal – Itabuna Comercial de Cacau Ltda., em cujo processo exauriu a doutora juíza da 1^a Vara Crime, substituta da 1^a Vara Cível e plantonista, longa decisão, solucionando diversas pendências, dentre as quais a conversão dos débitos de cruzeiros para cruzados e aplicação do fator de deflação, por incidência das normas estabelecidas nos arts. 8º e 9º do Dec.-lei 2.284, de 10 de março de 1986, que ratificou anterior, mantendo a nova unidade do sistema monetário brasileiro, aplicando e consolidando medidas de combate à inflação – tal como expresso em sua ementa –, conjunto de medidas legislativas conhe-

cidas como Plano Cruzado.

Credora habilitada, Dantas Reiner Importadora e Exportadora Ltda., inconformada, interpôs, à decisão da doutora juíza, agravo de instrumento, insurgindo-se contra a deflação dos débitos da concordatária, por entender inaplicáveis à hipótese as normas daqueles arts. 8º e 9º do Dec.-lei 2.284, uma vez que os débitos em causa venceram-se bem antes do Plano Cruzado, ajuizada que fora a concordata em 12 de março de 1985, e o Dec.-lei 2.284 previsto para os créditos habilitados em concordata ou falência ou em liquidação extrajudicial, anteriores a 28 de fevereiro de 1986, forma específica de conversão cruzeiros/cruzados, não encontrando qualquer amparo legal a pretensão da concordatária de aplicar o deflator previsto naqueles dispositivos legislativos; que, ao contrário do afirmado pela doutora juíza, a legislação que criou o cruzado não acabou com a correção monetária, continuando em plena vigência a Lei 6.899/81, bem como o art. 175, § 6º, da Lei de Falências, com a redação que lhe foi dada pela Lei 7.274 de 10 de dezembro de 1984, pedindo afinal a reforma parcial da decisão agravada, no que diz respeito à autorização de deflacionar as dívidas da concordatária e não aplicar a correção monetária de suas dívidas. Pediu traslado de peças do processo principal, no que foi atendida.

A concordatária, igualmente, solicitou traslado de peças, o que foi devidamente providenciado, formando-se o instrumento de agravo, fls. 1 a 162. Apresentou contraminuta a agravada, argüindo preliminares de intempestividade do agravo e coisa julgada, justificando que a decisão recorrida fora prolatada em 27 de julho de 1987, enquanto a petição de agravo é de 26 de outubro de 1987, sendo certo que os prazos, em matéria de falência e concordata, são peremptórios e contínuos, não se suspensando em feriados, nem em férias, correndo independentemente de intimação ou publicação, e que transitou em julgado a matéria decidida na decisão agravada, em relação a outros credores,

sendo de estender-se à agravante.

No mérito, defendeu a aplicação do fator deflacionário aos débitos da concordatária, não-incidência do art. 33 do Dec.-lei 2.284/86, pedindo, afinal, a manutenção da decisão recorrida.

O doutor juiz de direito substituto manteve a decisão agravada, ordenando a remessa dos autos a esta superior instância. Sorteado relator, deram-se vistas dos autos à dnota Procuradoria de Justiça, onde recebeu parecer conclusivo pela rejeição das preliminares e improvisoamento do agravado.

É o relatório.

Não procedem as preliminares arquivadas. Bem observou o ilustre procurador de Justiça, em seu parecer, conforme certidão de fl. 25 dos autos, que a agravante não foi intimada da decisão agravada. Ora, se é certo, como quer a agravada, que os prazos, em matéria de concordata e falência, são peremptórios e contínuos, fluem independentemente publicação e intimação (Dec.-lei 7.661/45, art. 204), certo também que se há de entender aquele fluir peremptório e contínuo, quando atendidos por todos os participantes do processo os termos normais do seu fluxo. Assim, não somente as partes, como juiz, órgão do Ministério Pùblico, funcionários judiciais, sindico ou comissário, todos haverão de praticar os atos a seu cargo dentro dos prazos que a lei fixa, para que se possam aplicar os princípios de peremptoriedade e continuidade, dispensa de publicação ou intimação, como estabelecido no invocado art. 204 da Lei de Falências.

Se o juiz ou o promotor, ou outro órgão de falência, deixou de praticar ato a seu cargo, dentro do prazo que a lei fixou, não mais se poderá exigir às partes ou aos demais participantes do processo que os prazos que lhes são assinados se desenvolvam continuamente, sem publicação ou intimação. Por outro lado, em matéria de recurso, vige a norma do art. 207 da Lei de Falências, que remete ao Código de Processo Civil as normas de sua regulamentação:

“O processo e os prazos da apelação e do agravo de instrumento são os do Código de Processo Civil”,

razões pelas quais imperiosa se tornava a publicação ou intimação da decisão às partes envolvidas na concordata para que fluisse o prazo recursal. O agravo foi interposto no tempo devido. Não é intempestivo.

Igualmente, muito bem ponderado pelo douto procurador de Justiça, não há coisa julgada. A agravante não foi intimada da decisão e coisa julgada material é qualidade de sentença, não de mera decisão interlocutória. Por outro lado, se na concordata é instaurado verdadeiro litisconsórcio passivo, como argüiu a agravada, há de ser observada a norma do art. 48 do Código de Processo Civil:

“Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão, nem beneficiarão os outros”.

Desse modo, é impróprio falar-se em extensão subjetiva da coisa julgada à agravante, se coisa julgada se operou em relação a outros credores da concordatária, como quer a agravada.

Rejeitam-se as preliminares.

No mérito, discorda-se, *data venia*, da tese sustentada pela dnota Procuradoria de Justiça. O Dec.-lei 2.284/86, que instituiu o Plano Cruzado, não extinguiu a correção monetária nos negócios jurídicos e obrigações em geral do direito brasileiro. O art. 7º daquele Dec.-lei referido, ao autorizar a cláusula de reajuste monetário nos contratos de prazo igual ou superior a 12 meses, confirma a assertiva. Há quem tenha por revogado esse dispositivo. Todavia, foi ele apenas substituído, em outras oportunidades, por novas disposições legislativas. Nenhuma delas, todavia, extinguindo a correção monetária. Como anotou Theotônio Negrão, no seu Código de Processo Civil e Legislação em vigor, 20ª edição:

“... desde 10.03.86 até 24.09.87, houve nove alterações legislativas sobre o mesmo tema: reajuste de preços contratuais. Se acrescentarmos ainda o Dec.-lei 2.233, de 27.02.86, serão dez os diplomas legislativos que, provavelmente, devem constituir um recorde mundial de instabilidade legislativa”.

Em sua próxima edição, o ilustre processualista anotará, sem dúvida, maior número de alterações. Porque, após janeiro de 1990, data da 20^a edição, várias medidas provisórias, convertidas em leis, reportaram-se ao assunto...

Que há imensa instabilidade legislativa, é inegável. Mas, nem por isso, foi extinta a correção monetária no sistema jurídico brasileiro, até hoje. Louvado e aplaudido por uns, acerbadamente criticado e vergastado por outros, o que não se poderá negar é que o instituto da correção monetária penetrou no direito brasileiro, inicialmente tímido, para incidência em umas poucas hipóteses, depois alargando-se e, até mesmo por intensa influência de nossos tribunais (espécie típica de direito pretoriano), alcançar a generalidade dos negócios jurídicos e das obrigações em geral. Em verdade, o que era regra (a não-incidência da correção) passou a ser quase exceção. A correção monetária incorporou-se ao sistema jurídico pátrio, com tanto mais força quanto mais altos foram os índices de inflação no País, apesar dos inúmeros “planos” econômicos, financeiros e jurídicos para o seu controle e extinção. O Dec.-lei 2.284, de 1986, ou nenhum outro legislativo, antes ou depois dele, extinguiu a correção monetária.

Quanto à aplicação do deflator previsto no Dec.-lei 2.284/86, às obrigações da concordatária-agravada, tem inteira razão a agravante. A lei é de evidência solar, art. 33:

“Os créditos em cobrança ou resultantes de títulos judiciais, os créditos habilitados em concordata ou falência ou em liquidação extrajudicial, anteriores a 28.02.86, são pelos respectivos valores em

cruzeiros, devidamente atualizados na forma da legislação aplicável a cada um, e convertidos em cruzados, naquela data, nos termos fixados no § 1º do art. 1º”.

Não se aplicam à hipótese crédito habilitado em concordata, as normas dos arts. 8º e 9º, que regulam a conversão de obrigações de pagamento constituída antes de 28 de fevereiro de 1986, mas vencíveis após essa data, 28 de fevereiro de 1986, segundo a letra da lei:

“deverão ser convertidas em cruzados na data dos seus vencimentos...”;

aplicável o fator de deflação a partir de 3 de março de 1986. A razão é simples, como salientado nas razões da agravante:

“Na obrigação sem cláusula de correção monetária, ou com cláusula de correção monetária prefixada, já estava embutida a expectativa inflacionária das partes contratantes, em relação a seu prazo de vencimento. Cumpria, portanto, dentro da nova política econômica de expectativa de inflação zero, extrair do valor de tais obrigações, após a data da nova ordem econômica (28.02.86), a taxa de inflação esperada...”

Ora, nos débitos vencidos, a expectativa de inflação na operação já se tinha verificado, por isso que a deflação somente teria de alcançar obrigações vincendas, ou que se vencessem a partir de 3 de março de 1986. Incide na hipótese, evidentemente, o art. 33 do Dec.-lei 2.284/86, como também o disposto na Lei 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências). Nem se há de esquecer que a decisão que manda processar a concordata preventiva determina os vencimentos antecipados de todos os créditos sujeitos aos seus efeitos (Dec-lei 7.661, art. 163).

Por tais motivos, dá-se provimento ao agravo para cassar o despacho agravado, apenas na parte objeto do recurso.

Salvador, 9 de maio de 1990. Demeval Bellucci - Presidente. Luiz Pedreira - Relator.

RECURSO. LEGÍTIMO INTERESSE. LESIVIDADE. NÃO-CONHECIMENTO.

*O recurso pressupõe, necessariamente, por parte de quem recorre, o interesse de modificar o **decisum** que lhe foi desfavorável. A lesividade é pressuposto fundamental para o conhecimento do recurso.*
Agr. de Inst. 71/90. Relator: Des. CÍCERO BRITTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 71/90, da Capital, em que é agravante Esther Mendes Lopes e agravado Antônio Costa e Silva.

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

Antônio Costa e Silva requereu na 15^a Vara Cível e Comercial desta Capital, contra Esther Mendes Lopes, uma ação renovatória de locação.

Opondo-se à pretensão ajuizada, a açãoada argüiu preliminarmente a carência de ação, eis que a locação que se quer renovar não está sob a égide do Decreto 24.150/34, que dispõe sobre o processo de renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou industriais.

Exarada a decisão saneadora, que sob o entendimento de que a argüição preliminar envolve o mérito da demanda, remeteu seu exame para a sentença, a açãoada interpôs o recurso de agravo de instrumento, dizendo expressamente que o ilustre juiz *a quo* havia inadmitido a carência de ação.

Formado o instrumento e mantida a decisão impugnada, subiram os autos a esta instância e foram distribuídos a esta câmara.

Cuida-se, conforme realça o relatório supra, de agravo de instrumento interposto contra a decisão saneadora, que projetou para a sentença o desate da questão preliminar.

Ocorre, porém, que, para a inter-

posição de recurso, tal como ocorre com a propositura da ação, há de haver legítimo interesse. O recurso pressupõe necessariamente, por parte de quem recorre, o interesse de modificar o **decisum** que lhe foi desfavorável. O requisito da lesividade é pressuposto para a admissão do recurso.

Conseqüentemente, só tem legitimidade para recorrer quem foi prejudicado com a decisão. Quem não sucumbiu, no todo ou em parte, não pode recorrer.

Na espécie *sub judice*, não tendo sido decidida a questão preliminar, pertinente à carência de ação, falta à agravante, à mingua de lesividade, interesse para recorrer, situação que inviabiliza o conhecimento do recurso.

Diante disso, na impossibilidade de transpor o juízo de admissibilidade, não se conhece do recurso.

Salvador, 26 de setembro de 1990.
Dermeval Bellucci - Presidente. Cícero Britto - Relator.

SERVIDÃO PREDIAL. REMOÇÃO DE UM LUGAR PARA OUTRO. VANTAGENS DO PRÉDIO DOMINANTE. DESPESAS.

A servidão, que, em regra, é imutável, pode ser removida para outro lugar, contanto que não diminua as vantagens anteriormente auferidas pelo dono do prédio dominante e não acarrete despesas para ele.
Ap. Cív. 347/89. Relator: Des. CÍCERO BRITTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 347/89, de Macarani, em que são apelantes Valciemar Rocha dos Santos, Osvaldo da Rocha Ramos, Antônio Francisco Cirino, José Rocha dos Santos, Jerônio Antônio dos Santos, Juvenal Ferreira Borges, Antônio Oliveira Santos, Atevaldo Ro-

cha dos Santos, Juscilene Rocha dos Santos, Alcides Francisco dos Santos e Gessy Ferreira Borges e apelada Floriza Neres da Silva.

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

Valdemar Rocha dos Santos e outros propuseram, na comarca de Macarani, contra D. Floriza Neres da Silva uma ação possessória, visando a manutenção do caminho aberto, há anos, no prédio da acionada.

Em abono dessa pretensão, resumidamente exposta, argüiram que são proprietários na região da Cachoeira e Cabeceira do Mascarim e utilizam, para acesso às suas propriedades, escoamento dos seus produtos agrícolas e passagem de seus animais, uma estrada para pedestre, localizada na fazenda Cana Brava, de propriedade da acionada.

Essa estrada, construída há mais de 50 anos, entronca com a estrada de rodagem que liga Macarani à Vila das Graças e constitui, no entendimento dos acionantes, longevo servidão.

Nada obstante, a acionada, alheia aos interesses dos acionantes e indiferente à imutabilidade da servidão, mudou a estrada de um lugar para outro, assentando-a em terrenos alagadiços.

De resto, aduzindo que, apesar da turbação, continuam usando a estrada, advogaram a concessão da medida liminar, pediram a procedência da ação e reclamaram o ressarcimento de perdas e danos.

Entendendo que a petição inicial não estava devidamente instruída, a ilustre jufza do primeiro grau de jurisdição determinou que os acionantes justificassem previamente o alegado, citando a acionada para comparecer à audiência que designou.

Realizada, com a participação da acionada, a justificação prévia, a douta jufza, considerando incomprovados os requisitos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil, negou a liminar.

Intimada dessa decisão, a acionada ofereceu a contestação de fls. 38/40, argüindo preliminarmente a nulidade do processo, ilegitimidade *ad causam* ativa, impossibilidade jurídica do pedido e a

existência de contradição na petição inicial.

Sustentando a nulidade do processo, alegou que, não sendo o imóvel serviente de sua exclusiva propriedade, a ação deveria ser proposta também contra os demais condôminos.

Advogando a ilegitimidade *ad causam* ativa, ressaltou que os acionantes não fizeram, como lhes cumpria, prova de que são proprietários dos prédios dominantes.

Defendendo a terceira preliminar, negou a possibilidade jurídica do pedido, dizendo que, versando a lide sobre suposta servidão de passagem, inadequado é o pedido possessório.

Em favor da última argüição preliminar, realçou que os acionantes se contradizem, quando, afirmando que continuam utilizando o caminho, pedem a reintegração.

Reportando-se à questão de fundo, garante que obteve autorização dos acionantes para remover a estrada aberta, por mera tolerância, em sua propriedade.

Manifestando-se sobre as questões preliminares, opuseram-se os acionantes à convocação dos demais condôminos do imóvel serviente para integrarem a relação processual, com fundamento em que o turbativo não foi praticado por eles, mas pela acionada.

Insurgiram-se também contra a argüição de ilegitimidade *ad causam* ativa, negaram a inadequação da ação possessória e infirmaram as contradições que a acionada disse haver encontrado na petição inicial.

Exarada a decisão saneadora, que rejeitou as argüições preliminares e deferiu as provas requeridas, resignaram-se as partes.

Efetivada a prova pericial e apresentados os laudos, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, que se resumiu no depoimento pessoal das partes, na inquirição de cinco testemunhas e na apresentação de memoriais.

Adveio, em seguida, a sentença, que julgou a ação improcedente.

Publicada a sentença, os acionantes, inconformados, interpuaram o recurso de apelação, fazendo censuras ao *decisum*, que, na sua óptica, desconsidera os fatos geradores da lide, dissente da lei,

não se harmoniza com as lições da doutrina e não se afina com a orientação dos pretórios.

Da precedente exposição, extrai-se que a controvérsia gira em derredor de uma passagem por propriedade particular, que não conduz a fontes, pontes ou lugares públicos, mas que, dando acesso a uma estrada de rodagem, que liga Macarani à Vila das Graças, constitui uma servidão.

Imposta a um prédio em benefício de outro, a servidão é uma restrição ao direito de propriedade. Seu exercício, portanto, deve ser feito em termos restritos, nos limites das necessidades que ela propõe satisfazer, de modo a onerar com menos encargo o direito de propriedade e causar menor prejuízo ao dono do prédio serviente.

Partindo desse pressuposto, a servidão, em regra, é imutável, pode ser removida para outro lugar, contanto que não diminua as vantagens anteriormente auferidas pelo dono do prédio dominante e não acarrete despesas para ele.

Adotando essa orientação, o Código de Processo Civil pátrio, no seu art. 703, dispõe que:

“Pode o dono do prédio serviente remover de um local para outro a servidão, contanto que o faça à sua custa, e não diminua em nada as vantagens do prédio dominante”.

Fácil é perceber-se, portanto, que a legislação brasileira confere ao dono do prédio serviente a faculdade de, sem explicitação de causa, mudar a servidão de um lugar para outro, desde que isso lhe traga vantagem e não onere ou prejudique o dono do prédio dominante.

Sim, e para usar essa faculdade, não precisa o dono do prédio serviente provar a inconveniência de manter a servidão no local em que ela está assente. Basta provar que, sem prejuízo do prédio dominante, a remoção lhe traz vantagem e torna menos oneroso o ônus.

Nesse rumo de idéias, insiste-se dúvida de que, objetivando o interesse do serviente, sua comodidade ou seu proveito, a remoção há de se operar às expensas do serviente, sem quaisquer ônus para o dominante.

No caso *sub judice*, justifica-se a mudança, que foi feita para lugar mais cômodo e se operou sem despesas para

os apelantes, porque a servidão, no local em que se encontrava localizada, acarretava danos maiores e mais intensos ao prédio serviente.

Demais disso, a mudança, que reduz a extensão do caminho e oferece melhores condições de uso, não foi feita arbitrariamente, mas com a anuência dos apelantes, que, segundo o relato incontestado de algumas testemunhas, orientaram e supervisionaram a construção da nova passagem.

Deduz-se do exposto que a apelada, no seu interesse, removeu a servidão de um lugar para outro do mesmo prédio, com inteira submissão às exigências legais, injustificando-se a irresignação dos apelantes, que não tiveram diminuída sua comodidade nem sofreram qualquer ônus.

À essa compreensão, nega-se provimento ao recurso, para manter a decisão impugnada, que desmerece qualquer censura.

Salvador, 2 de maio de 1990. Demeval Bellucci - Presidente. Cícero Britto - Relator.

TESTEMUNHA. IMPEDIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

Considera-se impedido de ser testemunha o advogado que tenha assistido as partes em processo anterior.

Agr. de Inst. 243/90. Relator: Des. MANUEL PEREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 243/90, da comarca de Eunápolis, sendo agravante Orli Pereira dos Santos e agravado Álvaro Marcelo Pereira Costa.

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

Incorporado a este o relatório de

fls., assim decidiram pelos motivos seguintes:

Insurge-se o agravante contra a decisão do juiz do primeiro grau que, em ação de anulação de partilha, indeferiu a ouvida da testemunha, Bel. Afrânia de Andrade Filho, com fundamento em que "... tendo representado as partes numa partilha que suscitou dúvida a ponto de se lhe pedirem a anulação, não há como admitir-se a testemunha".

Argumenta a agravante que a norma legal invocada, isto é, o art. 405, § 2º, II, do Código de Processo Civil, visa

"impedir que o juiz ou advogado que funcione, ou tenha funcionado no processo, possa testemunhar no mesmo processo",

o que não é o caso dos autos, sendo, pois, necessária a ouvida da testemunha para esclarecer fatos importantes, desde quando patrocinou os interesses dos litigantes na ação de separação.

Examinando-se os autos, de logo conclui-se que desassiste qualquer razão à agravante.

Com efeito, o art. 405 do Código de Processo Civil, em seu § 2º, é bastante claro ao considerar impedido de ser testemunha:

"II – o que intervém, em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes".

Ora, na hipótese dos autos, a testemunha arrolada assistiu as partes no processo de separação consensual, tendo, inclusive, elaborado a partilha dos bens do casal, cuja anulação se pretende na presente ação.

Resta claro, portanto, que agiu com acerto e prudência o julgador, ao indeferir a ouvida da testemunha, razão por que julgou-se improvido o agravio.

Salvador, 19 de dezembro de 1990.
Dermeval Bellucci – Presidente. Manuel Pereira – Relator.

AÇÃO DE DESPEJO.

Na retomada do imóvel para uso próprio, não há como exigir do retomante a prova de sinceridade do pedido, cabendo ao réu o direito de elidi-la, esgotando todas as possibilidades em si mesmas.

Ap. Cív. 733/90. Relator: Juiz JOSÉ JUSTINO PONTES TELES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 733/90, de Salvador, em que é apelante Guilhermina de Campos Bastos e apelado José Siqueira de Moura.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível, à unanimidade, em negar provimento ao recurso pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

Cuida-se de ação de despejo, por não convir ao locador-adquirente a continuidade da locação do imóvel, por tê-lo adquirido para uso próprio, conforme exibição de escritura pública, anexada aos autos da notificação premonitória de retomada do imóvel.

De início, cumpre salientar que não padece a sentença de qualquer nulidade, por ter sido a causa julgada antecipadamente, com dispensa de produção de prova em audiência, nos termos do art. 330, do Código de Processo Civil.

Na verdade, a demanda, tal como está constituída, não requer melhores provas que as já produzidas pelas partes, dispensando, assim, quaisquer outras que se queiram carrear para os autos, a título de esclarecimento ou defesa.

O juiz decidirá antecipadamente a lide:

a) se a questão for unicamente de direito;

b) se a questão, sendo de fato e de direito, prescindir de prova em audiência, por não ser pertinente ou, sendo

pertinente, for irrelevante para a decisão;

c) se a questão, embora de fato e de direito, prescindir de outras, por já se ter produzido com a inicial e a contestação, prova documental suficiente para formar a convicção do magistrado.

Analisando a afirmativa da alínea b supra, explicita apropriadamente:

"Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exige, ainda, que esses fatos controvertidos sejam pertinentes e relevantes. Fato pertinente é o que diz à causa, o que não lhe é estranho. Fato relevante, aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, ou se, apesar de pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de provas a respeito dele inexiste, pelo que a instrução em audiência seria pura perda de tempo, com prejuízos para a celeridade do processo, tornando-se imperativo, nesse caso, o julgamento antecipado da lide" (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, v.3).

A essa forma, entendo não merecer exame a questão, pelo aspecto tão-só de sua relevância, posto que não se pode pôr em dúvida a pertinência dos fatos articulados na inicial, diante da farta produção de provas documentais enumeradas nos autos (fls. 5 a 19), que esgota todos os meios legais cabíveis para que o proprietário retomasse o imóvel locado, para que nele possa residir, por não mais poder continuar morando no apartamento alugado pela empresa empregadora, uma vez que tramita na 9ª Vara Cível e Comercial desta Capital uma ação ordinária revisional de aluguel, onde a referida empresa manifestou o desejo de não mais continuar com a locação, deixando ao apelado a hipótese de pedir a desocupação do imóvel que adquirira em 20 de janeiro de 1987, como consta registrado no Cartório de Registro de Imóveis e Documentos do 1º Ofício de Salvador, sob o nº 16.788.

Na retomada do imóvel para uso próprio, não há como se exigir do reto-

mante a prova de sinceridade do pedido, cabendo ao réu exercer o direito de elidi-la, esgotando todas as possibilidades em si mesmas, fato que não ocorreu no caso sob exame.

Vasta é a jurisprudência pátria sobre a questão em julgamento, como se verifica:

"Há impossibilidade de julgamento antecipado da lide quando a questão é de fato e direito e a prova depende de produção em audiência, tempestivamente requerida (ac. do STF de 27.11.79, rel. min. Rafael Mayer, rec. extraord. 91.388-2, 1ª turma, *RT* 538/236, v.5).

"Não há de se falar em cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da causa, tratando-se de matéria exclusivamente jurídica, caso era de pronto desate, sendo dispensável a produção de outras provas além das documentais existentes nos autos" (ac. unân. da 4ª Câm. do 1º TACív.-SP de 12.12.84, *RT* 594/133).

Destarte, nada obstava que o juiz, satisfeito e convicto da verdade formal baseada do processo, pudesse de logo, como o permitia o art. 330 do Código de Processo Civil, julgar antecipadamente a lide, por já haver, após a fase postulatória, colhido todo o material de prova necessário para formar o seu convencimento.

Segue esse pensamento a jurisprudência dos tribunais ao decidirem:

"Pode o magistrado dispensar as provas inúteis ou meramente protelatórias, proferindo, desde logo, o julgamento antecipado da lide" (ac. unân. do TJ-SP, *in* Arruda Alvim, *Jurisprudência do Código de Processo Civil*, 1978, v.1, n. 319, p.375).

Por tais motivos, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença *a quo* na sua íntegra.

Salvador, 12 de março de 1991.
Olny Silva – Presidenta. José Justino Pontes Teles – Relator.

AÇÃO DE REVISÃO DE ALUGUEL. OBJETO PRÓPRIO. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE A JULGA PROCEDENTE. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DE ATO JUDICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS.

Imissão de posse do mesmo imóvel locado, em ação de despejo, não enseja a extinção da revisional. Possibilidade de exame de preliminar em apelação interposta, embora o fundamento já tivesse sido argüido em agravo de instrumento, que não foi conhecido por defeito de formação. Não pode o juiz declarar intempestivo o laudo do assistente técnico da parte, anunciando o julgamento antecipado da lide, sem conceder a oportunidade última e extraordinária para apresentação do laudo, como permite o art. 433 do Código de Processo Civil, até 10 dias antes da audiência de instrução que, no caso, se faz necessária, inclusive para os fins do art. 435. Anulação do processo a partir do despacho de fl. 80, atacado, para o prosseguimento, com o laudo recusado, designação de data para a audiência de instrução, seguindo-se nova sentença de acordo com a livre convicção do juiz.

Ap. Cív. 1.068/90. Relator: Juiz LUIS FERNANDO DE SOUZA RAMOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 1.068/90, da Capital, em que figura como apelante Escola Junior Sociedade Civil Ltda. e como apelado Waldomiro Coelho Filho.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, incorporando a este o relatório de fls., à unanimidade, em

acolher a preliminar de cerceamento de defesa, anulando a sentença do primeiro grau, pelas razões que se seguem.

Segundo estabelece o art. 515 do Código de Processo Civil,

“a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (§ 1º do art. citado).

Por sua vez, o art. 516 autoriza a apreciação pelo Tribunal das questões anteriores à sentença final, salvo as impugnáveis por agravo de instrumento.

Conforme foi lembrado no relatório da sentença de fls. 87 a 90, a ré, ora apelante, em sua defesa, suscitou preliminar de conexão com as ações de despejo e de consignação em pagamento, envolvendo as mesmas partes e em curso na 11ª Vara Cível desta Capital. Embora tal preliminar houvesse sido rejeitada, de plano e sem impugnação, serve para lembrar que, em decorrência da noticiada ação de despejo, foi que o apelante, antes da intimação da sentença, peticionou, à fl. 91, no sentido de que o processo fosse extinto, por falta de objeto, uma vez que já se encontrava na posse do imóvel constante da inicial, desde 21 de junho de 1989, por ordem do doutor juiz da 11ª Vara Cível local, na forma da documentação anexada.

Aquele pedido não chegou a ser apreciado, não incidindo, assim, a ressalva do apontado art. 516 do Código de Processo Civil. Por isso, merece ser examinado nesta oportunidade.

Objetivando a ação revisional de aluguel a atualização do valor deste, como permite a lei, o seu objeto não se confunde com o da ação de despejo de que os autos dão notícia. Desse modo, não tem sentido, nem amparo legal, a pretendida extinção.

Após estas considerações, há de ser, aqui, apreciado o argüido cerceio de defesa, pois, não obstante a interposição do agravo de instrumento, pelo mesmo

motivo, esse recurso não chegou a ser apreciado, em virtude do seu não-conhecimento, como se vê, do processo apensado, e hoje decidido, nesta Câmara.

Em caso semelhante, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, por sua Câmara Cível, em acórdão de 22 de agosto de 1989, em *Ementários dos Primeiros Julgamentos do Estado de Tocantins*, que "não há falar-se em preclusão quando a matéria suscitada no agravo de instrumento julgado prejudicado..."

O alegado cerceamento de defesa diz respeito à não-aceitação do laudo do assistente técnico do apelante, considerado intempestivo, e bem assim o julgamento antecipado da lide, sem designação de audiência de instrução e julgamento.

Aqui, devem ser acolhidas as razões apresentadas pelo ora apelante quando se insurgiu contra o ato judicial supramencionado, pois não resta dúvida que lhe foi retirada a oportunidade última, prevista no art. 443 do Código de Processo Civil, de apresentação do laudo.

Dispondo o art. 427, II, do Código de Processo Civil competir ao juiz fixar, por despacho, o prazo para entrega do laudo, na audiência de instalação da perícia, realizada em 30 de junho de 1988, foi concedido o prazo de 30 dias para a entrega dos trabalhos técnicos. Apesar disso, sem qualquer pedido de prorrogação, o perito do juízo, só em 5 de setembro de 1988, trouxe o seu laudo, juntamente com o assistente do autor, sem a assinatura no termo de encerramento, ensejando a diligência posterior para sanar essa omissão e já em 27 de abril de 1989.

Cuidam os autos de ação de revisão de aluguel, de rito ordinário e, no caso *sub judice*, o julgamento antecipado da lide não seria aconselhável, sendo necessária a designação de audiência de instrução, tendo em vista, inclusive, o que estabelece o mencionado art. 433 da lei processual civil.

A propósito, Alexandre de Paula, em *Código de Processo Civil Anotado*, 4.

ed., v. 2, p. 1.458, esclarece que, "em face do disposto no art. 433, não nos parece possa o juiz deixar de receber o laudo oferecido fora do prazo fixado, desde que entregue, pelo menos, 10 dias antes da audiência. Se negado o recebimento, isto é, se indeferida a juntada do laudo, caberá agravo de instrumento".

Por sua vez, Moacyr Amaral Santos, em *Comentário ao Código de Processo Civil*, 2. ed., Forense, v. 4, leciona que "o perito e os assistentes técnicos, ainda que fora do prazo, fixado no art. 427, ou do prazo prorrogado (art. 432), poderão apresentar o laudo em cartório, até, pelo menos, 10 dias antes da audiência de instrução e julgamento. Quer dizer que se concede àqueles um prazo extraordinário para satisfazerem as suas funções, sem maior prejuízo para o andamento do processo e realização da audiência. Esgotado esse prazo extraordinário, sem que a entrega do laudo haja sido feita, os louvados estão sujeitos a sanções..."

Mesmo que já se encontrasse no processo o laudo conjunto do perito e do assistente do autor, não poderia ser considerado intempestivo, apenas, o laudo do assistente da ré, ora apelante, pois ainda lhe restava, como retardatária, a oportunidade última e extraordinária do art. 433, até 10 dias antes da audiência de instrução que não foi marcada.

Diante do exposto, acolhe-se a preliminar de cerceamento de defesa, anulando-se, consequentemente, o processo, a partir do despacho de fl. 80, impugnado, para que o feito prossiga com o laudo técnico do apelante e na forma do Código de Processo Civil, com designação de data para a audiência de instrução, seguindo-se nova decisão, de acordo com o livre convencimento do juiz.

Salvador, 23 de abril de 1991. Olny Silva - Presidenta. Luiz Fernando de Souza Ramos - Relator.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVA INCONCUSSA DA CULPABILIDADE DO CONDUTOR DO VEÍCULO DO RÉU. LUCROS CESSANTES. RECURSO ADESIVO. IMPROVIMENTO.

Comprovada, por demonstração válida, a responsabilidade do réu, no evento acidentário, nega-se-lhe provimento à apelação.

Ap. Cív. 879/88. Relator: Juiz GENUÍNO PEREIRA DE CASTRO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível e de recurso, que lhe é adesivo, em que são apelante, apelado e recorrente adesivo, respectivamente, Antonio Arruda de Jesus e Luiz de Jesus Almendra.

Acorda, em Turma Julgadora, à unanimidade, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em negar provimento ao recurso principal do réu, negando, também, provimento ao recurso adesivo do autor, pelas razões, a seguir, enunciadas.

Cuida-se de ação de reparação de dano, ajuizada por Luiz de Jesus Almendra, colmando haver de Antonio Arruda de Jesus indenização, por dano decorrente da colisão de seus veículos.

Alega o autor que no dia 3 de novembro de 1987, por volta das 16 horas, na estrada que liga o município de Brejões ao povoado do Km-100, o caminhão Mercedes-Benz, modelo 608, azul, de placa DD-5158, de sua propriedade, dirigido, no dia do sinistro, por Pedro Batista da Costa, trafegando na mão de direção, tendo à frente a visibilidade da estrada, no instante em que saía de uma curva, sofrera colisão em sua lateral esquerda, provocada pela camioneta Pick-Up, modelo D-10, bege, placa FV-7146, de propriedade do réu, e dirigida por Sinval Ramos Arruda, resultando prejuízos materiais de grande

monta, e esclarecendo que, após o choque, o caminhão, de sua propriedade, ficou inerte no local, à beira de uma cerca, na mão de direção, ocupando aproximadamente 40% da estrada, enquanto a camioneta do réu ocupava cerca de 60% da pista.

Afirma que a camioneta do réu deixou sulcos na pista, em virtude de haver-se utilizado dos freios, e descreveu a pista de rolamento como sendo de cascalho e areia, desprovida de acostamento, com planicie para ambos os lados, permitindo, assim, ao mesmo tempo, a tranquila passagem de dois veículos de médio porte, como eram os envolvidos no acidente.

O sinistro teria ocorrido porque o motorista da camioneta (veículo do réu), trafegando em velocidade superior à que desenvolvia o caminhão Mercedes-Benz, do autor, deixara de observar as medidas de precaução, vindo, assim, a colidir com este, que já se encontrava completamente imprensado na cerca, lado direito, ofendido no lado oposto, o esquerdo, pela colisão.

Considerando-se prejudicado e sem culpa, pleiteia o autor indenização, no valor de NCz\$633.350,95, moeda vigente na época.

Citado, Antonio Arruda de Jesus contestou o pedido, dizendo ser improcedente a pretensão do autor, afirmando ser outra a verdadeira versão dos fatos, visto que seu veículo, a camioneta, dirigida por seu filho, Sinval, foi colhido, numa curva, pelo caminhão Mercedes-Benz, do autor, afirmando que trafegava na mão de direção, rigorosamente, e sustentando que o choque se deu, realmente, em virtude de o caminhão do autor vir trafegando fora do eixo da estrada, invadindo a faixa da contramão e ocasionando o acidente inevitável, uma vez que a estrada era estreita e sem acostamento.

Disse o réu que sua versão se harmoniza com o que se colhe das fotografias anexas à sua resposta, onde se vê que o acidente foi provocado pelo veículo do autor.

Teceu considerações em torno de um acordo que teria encetado com Luiz de Jesus Almendra e que não chegou a provocar efeitos, em virtude de a oficina Color Print Galeria, que recebera o encargo de realizar os reparos, não haver cumprido com a obrigação, deixando, como deixou, de efetuar os serviços no caminhão do autor, como se obrigara a fazer.

Ao longo de sua contestação e já nas considerações que fez, em torno do mérito, argüiu o réu que o prejuízo que o autor diz haver sofrido não mais decorria do acidente, mas, sim, do fato de a oficina Color Print Galeria haver descumprido o contrato de restaurar o veículo do autor.

Assim alegando, quis alterar a relação processual, suscitando a preliminar de ilegitimidade passiva, *ad causam*.

Arrolou quatro testemunhas e pediu fosse a ação julgada improcedente.

Instruída a causa, o meritíssimo doutor juiz proferiu a sentença, julgando procedente a ação, após haver rejeitado a preliminar de ilegitimidade, retrorreferida.

Entendeu o magistrado que as provas coligidas no processo desfavoreciam a pretensão do réu, pois que evidenciavam ter sido a camioneta Mercedes-Benz o veículo ocasionador do acidente, exsurgindo, também, a sua responsabilidade, no fato de haver assumido o compromisso de custear 60% das despesas de reparos que seriam efetuados no caminhão do autor.

Além da indenização pelos danos que diz haver sofrido, Luiz de Jesus Almendra pleiteou receber, também, indenização por lucros cessantes, alegando que seu caminhão trabalhava com transporte de carga, assegurando-lhe renda diária de, aproximadamente, oito OTNs, sendo-lhe devida tal verba, pois que seu veículo ainda se encontrava, àquela data – 8 de junho de 1988 –, parado, sem haver sido feita a reforma necessária.

O doutor juiz, ao tempo em que lhe reconheceu o direito de ver-se ressarcido

pelos danos que sofreu em seu veículo, negou-lhe, entretanto, os pretendidos “lucros cessantes”, exprimindo-se, assim, em sua decisão (fl. 63, *verbis*): “O argumento de que a demora do autor para propor a presente ação fez com que a despesa aumentasse de sessenta mil

cruzados novos para seiscentos e trinta e três mil, trezentos e cinqüenta cruzados novos e noventa e cinco centavos não serve para elidir a obrigação de reparar, o réu, o dano. Quando muito, serve, apenas, para descharacterizar os pretendidos lucros cessantes”.

E, mais adiante, ressalta o magistrado: “Quisesse o réu evitar a demanda judicial, teria firmado um acordo escrito, na presença de testemunhas, custearia o conserto do caminhão e, do total gasto, cobraria ao autor quarenta por cento. Como assim não fez, há de se exciar pela sua desídia”.

Projetou o doutor juiz, a seguir, sua análise sobre o laudo pericial, concluindo por declarar, na sentença, que tanto as fotografias trazidas aos autos pelo autor, como as oferecidas pelo réu, retratavam, fielmente, o quanto expuseram os peritos, no laudo de fls. 11/12.

Analisou o doutor juiz a prova testemunhal, afirmando sua certeza de que a camioneta do réu estava, de fato, desenvolvendo velocidade inadequada para o local, porque, se não estivesse, ao acionar os freios o seu condutor, teria ela parado, antes de se chocar com o caminhão.

Procedeu o doutor juiz, por fim, a um verdadeiro estudo de Física (fl. 55), retirando ilações científicas, à evidência de que, no estudo das massas moleculares dos dois veículos e da velocidade que desenvolviam, chega-se à conclusão que a camioneta Pick-Up, D-10, do réu, Antonio Arruda de Jesus, foi, sim, a responsável pelo acidente, em consonância com o laudo pericial e com as fotografias, que não se dissociam, mas, sim, se harmonizam.

A respeitável sentença, bem lançada, logicamente estruturada em suas premissas e conclusão, merece, em sua

inteireza, ser confirmada.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso principal do réu, desacolhendo-se, de igual modo, o recurso adesivo do autor, porque também não tem jus a haver lucros cessantes.

Sala das Sessões, 9 de abril de 1991. Olny Silva – Presidenta. Genufno Pereira de Castro – Relator.

AÇÕES ANULATÓRIA, REIVINDICATÓRIA E DE RESSARCIMENTO DE DANOS. PROVIMENTO DO AGRAVO PARA CORREÇÃO DE INEXATIDÃO MATERIAL. REJEIÇÃO DE PRELIMINARES. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO ESTADO. IMPROVIMENTO DOAPELO DO AUTOR.

Sendo inexata, materialmente, a sentença apelada, inexatidão esta que poderia ser corrigida pelo autor do *decisum* – consoante remansosa jurisprudência e ponderações da doutrina e mandamento do art. 463, I, do Código de Processo Civil, não o fazendo o magistrado, e havendo agravo retido da parte, dele se conhece e, tendo em vista o princípio da economia processual, a ele se dá provimento para correção da inexatidão. Rejeitam-se, também, as preliminares levantadas pelo acionado, Estado da Bahia, reconhecendo-se a viabilidade da cumulação sucessiva, em que a segunda postulação fica dependente do êxito da primeira, inocorrendo, outrossim, a falada prescrição, por não se tratar de argüição de vício do consentimento, hipótese em que terá incidência o princípio do art. 178, § 9º, V, b (prazo prescricional de quatro anos), para submeter-se ao prazo do *caput* do art. 177, ambos da Lei Civil, por arguir-se *venia a non domino*. No mérito, merecem os apelos do Estado e da Cu-

radora provimento no que tange à verba honorária e custas, bem como para cassar a determinação de restituição da área litigiosa ao autor, mantida a decisão de primeiro grau no que respeita à procedência da ação anulatória, uma vez que, mesmo que se tratasse de gleba do domínio público, devoluta, caberia à Fazenda Pública o ônus da prova de seus direitos dominiais, consoante reiterada jurisprudência e gabaritada doutrina nesse sentido, esmaecendo-se a dúvida quanto à abrangência da área do imóvel “Mangueira”, em razão do desfecho da ação reintegratória e dos termos da certidão de fl. 51, que afiança que estaria inserida na área alienada o loteamento Lagoa Branca. Inviabilidade do pedido reivindicatório, de restituição da área litigiosa ao autor, uma vez que não restou provado o fato dos réus-apelantes estivessem na posse, direta ou indireta, da área da questão, o que se constitui condição *sine qua non* para o ajuizamento da aludida ação e sua consequente procedência. Provimento parcial do apelo do Estado, com a adesão da Curadoria, para declarar-se a proporcionalidade das custas e a imposição, às partes, dos honorários referentes aos seus respectivos advogados, consoante imposição do art. 21 da lei processual civil. Improvimento da apelação do autor, quer no que respeita ao critério que propõe para a fixação dos honorários advocatícios, bem como no que respeita às perdas e danos, pedido que demanda comprovação prévia, o que não ocorreu.

Ap. Cív. 703/90. Relator: Des. JOSE ABREU.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 703/90, da Capital, em que figuram co-

mo apelantes e apelados, simultaneamente, Francisco José Bittencourt Lopes, Estado da Bahia e Curadoria de Ausentes.

Acordam, sem divergência, os sembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia e componentes da Turma Julgadora em conhecer e dar provimento ao agravo retido, para corrigir inexatidão material da sentença, rejeitar as preliminares de inviabilidade da cumulação de pedidos e de ocorrência de prescrição,

dando-se, no mérito, provimento parcial ao apelo do Estado, para corrigir a fixação da verba honorária e das custas, e cassar a determinação de devolução da área litigiosa ao autor, mantida a procedência da ação anulatória, negando-se provimento ao apelo do autor-apelante, quer no que respeita à inadmissibilidade do pedido de perdas e danos (dependente da demonstração do prejuízo sofrido por este e não à simples probabilidade deste), inalterada a verba honorária, que, com as custas, deve ser proporcional, de acordo com o art. 21 da lei processual civil. Assim se decide por que:

A sentença ora revista, da lavra do digno juiz da 6^a Vara da Fazenda Pública, um magnífico trabalho que honra o excelente conceito de seu nobre prolator, merecedora de aplausos no que respeita à forma e ao conteúdo, foi agravada, inicialmente, pelo autor, porque conteria ela uma inexatidão material, que o magistrado entendeu de não consertar, preferindo deixá-la para ser aferida pelo Tribunal, via agravo retido. Essa inexatidão, conforme demonstrou o agravante, é passível de conserto pelo autor, independentemente de recurso, simples correção de deslize de ordem material. Não o fez, contudo, o digno magistrado, preferindo deixar a matéria para ser decidida nesta instância, através de agravo retido. Como alvitra, entretanto, o nobre procurador e tendo em vista o cânones da economia processual, entende-se que o agravo deve ser conhecido e provido, para se corrigir a

apontada inexatidão. É que o nobre juiz, em sua respeitável sentença, equivocou-se, quando, ao decretar a anulação dos títulos de alienação e registros imobiliários dos terrenos vendidos pelo réu-apelante (Estado da Bahia), fala que tal venda fora efetuada ao espólio de Francisco Cândido da Silva, quando, em verdade, a transação se consumara com ele próprio e não com seu espólio. Assim, embora por disposição expressa de lei a correção devesse ser feita pelo juiz (art. 463, I, do CPC), de ofício, ela se faz agora, atendendo-se ao princípio da economia processual. Dá-se, pois, provimento ao agravo, unanimemente.

De outro lado, não se dá guarida às preliminares suscitadas em primeira instância, consistentes nas argüições de inviabilidade da cumulação de pedidos e na operância da prescrição. *Data venia* do apelante-acionado, não há respaldo jurídico para a aceitação de qualquer delas.

No que respeita à cumulação de pedidos, ela se faz perfeitamente possível, ao contrário do que pensa seu nobre argüinte. É que, examinando-se juridicamente a hipótese, conclui-se tratar-se da chamada "cumulação sucessiva" (vide *Comentários*, J.J. Calmon de Passos, 4. ed., Forense, p. 232 – comentário do art. 292 de nosso Código de Processo Civil). O pedido sucessivo estará contido na pretensão reivindicatória, cuja apreciação seria antecedida da aferição da nulidade do negócio jurídico. As pretensões anulatória e reivindicatória são sucessivamente apreciadas pelo juiz, sendo perfeitamente possível a cumulação de pedidos em tais hipóteses, constatando-se, no caso *sub judice*, ainda, um litisconsórcio necessário. No que respeita à prescrição, a argüição peca pela base, uma vez que o caso do art. 178, § 9º, V, b, só terá incidência se a pretendida nulidade se arrima em vício do consentimento. A argüição do autor se lastrearia não na existência de vício desta ordem, mas na ocorrência de venda a *non dominio*, o que transferiria o prazo prescional para a casuística do art. 177, que

estabelece os prazos de 10 e 15 anos, conforme se trate de ação entre presentes e ausentes, respectivamente, no que respeita às ações reais. Estaria, assim, evidentemente no prazo a ação proposta pela parte autora, que a ajuizou quatro anos e meses, contados do dia em que a ação poderia ser proposta. Rejeitam-se, pois, ambas as preliminares.

No mérito, examinam-se os apelos simultâneos, aferindo-se, em primeiro lugar, o do Estado da Bahia, a que aderiu a doura Curadoria de Ausentes. O aludido apelo se insurge contra a procedência da ação anulatória, bem como à condenação contida na ação reivindicatória (de devolver a área litigiosa ao autor) e também no que respeita ao pagamento de custas e da verba honorária. Quanto ao primeiro aspecto, não nos parece merecer agasalho o pedido contido no recurso, como, aliás, também entende a doura Procuradoria em seu magnífico parecer. Correta se nos mostra a decisão do *a quo* no que respeita à anulação do negócio jurídico. Em primeiro lugar, existe a prova de que o imóvel "Mangueira" acha-se registrado no cartório imobiliário em nome de particular, como se depreende da certidão de fl. 14 dos autos, afora existir cadeia sucessória, que alcança o ano de 1915. Para legitimar-se à alienação que fizera, o Estado da Bahia estaria compelido a provar o seu domínio na área litigiosa. Tem assentado gabaritada jurisprudência que até mesmo o fato de não estar determinada gleba inserida no Registro Imobiliário como pertencente a particular, não pode ela ser considerada como "devoluta". Transcreve-se a respeito, entre tantos assinalados na obra de Alexandre de Paula, o seguinte acórdão, cuja ementa se registra abaixo:

"Não pode ser considerada devoluta uma gleba, pelo simples fato de não constar no Registro Imobiliário como pertencente a particular. Cumpre à Fazenda comprovar o seu domínio sobre as terras usucapiendas (ac. unân. do STF, de 12.11.76 - 2^a Turma - no rec. extraord. 86.234-MG, rel.-min. Moreira

Alves; RTJ 83/575 - CPC anotado, aut. citado, 3. ed., v.4, n. 24, p. 213).

De outro lado, como bem adverte a doura Procuradoria, se fosse possível qualquer dúvida quanto à abrangência da fazenda Mangueira, na que foi objeto de alienação por parte do Estado da Bahia (fazenda sítio Areia de Joana - Pé de Areia), tal dúvida se desvaneceria diante do que consta da sentença prolatada na reintegratória (fls. 22/37) e sobretudo pelo que consta de certidão de fl. 51, isto é, que o título de propriedade outorgado pelo Estado, em decorrência da contestada alienação, diz respeito à área compreendida dentro da Poligonal em

que o autor-apelante projetou o Loteamento Lagoa Branca, com duzentos mil metros quadrados, desmembrados das terras do imóvel Mangueira, de sua propriedade (vide parecer - fl. 287 dos autos). Tais argumentos nos levam a reconhecer que, nessa parte, a sentença deve permanecer intocável, isto é, mantida a anulação que fora decretada em primeiro grau.

Embora, como afirmamos no número anterior, a anulação do negócio entre o Estado da Bahia e Francisco Cândido da Silva seja correta, como entendeu o juiz, não se depreende que a segunda parte do pedido, reivindicação da área litigiosa, pudesse ser deferida. É que, na ocasião da demanda e no seu curso, como assinala a Procuradoria, mister se faria estivessem os requeridos na posse direta ou indireta da gleba questionada, sem o que, como afirmam os doutos, estaria sem viabilidade e pleito reivindicatório, de acordo com o art. 524 do Código Civil pátrio. Comentando o mencionado artigo e examinando a ação de reivindicação, assinala o eminentíssimo jurista Carvalho Santos, lastreado na lição de Wieland:

"A ação de reivindicação, na expressão de Wieland, é a ação dada ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário. O que deixa perceber que a reivindicação visa preliminarmente o reconhecimento do direito de alguém sobre uma coisa, e, como

conseqüência, a restituição dela para o domínio do reivindicante, porque só assim poderá ele agir diretamente, no exercício de seu direito de proprietário" (aut. cit., *Código Civil brasileiro interpretado*, 1. ed., v. 7, p. 281).

Em conseqüência, como adverte a Procuradoria, sendo a área reivindicada a mesma que fora objeto da ação de reintegração de posse, liminar e definitivamente deferida ao autor-apelante, estaria ele na posse da citada área, o que inviabilizaria a ação. Não se pode devolver algo que não esteja na posse de quem se reclama a devolução, é óbvio. De outro lado, no que respeita à impugnação dos ônus das custas e da verba honorária, também tem razão o Estado da Bahia, em face da incidência do princípio do art. 21 do Código de Processo Civil. Não podem ser debitados ao Estado as custas e honorários – exclusivamente suportados por ele, motivo por que se agasalha o apelo, também nesta parte, para que sejam rateadas proporcionalmente as custas e cada um dos litigantes pague a verba honorária.

No que respeita à apelação do autor e na parte em que se refere às perdas e danos, esta não poderia ser deferida, uma vez que tal parcela pressupõe a demonstração de prejuízo, ou a existência de dano real e efetivo, nunca o hipotético. Alega o autor que, em razão do negócio efetuado pelo Estado, o impedita de obter a necessária licença para empreender o loteamento. Essa circunstância, por si só, não evidencia um prejuízo, podendo, ao contrário, traduzir-se num ganho, como sublinha a dnota Procuradoria, ganho esse resultante de sua provável valorização, sobretudo numa economia como a nossa. De sorte que o apelo do autor não merece provimento, quer quanto ao critério que impugna, da fixação da condenação dos honorários, quer no que respeita à pretendida indenização de perdas e danos.

Em conseqüência e em resumo, dá-se provimento ao agravo retido, para corrigir a inexatidão material da sentença, na forma já assinalada neste acórdão, improvido o apelo do autor, dando-se

provimento parcial ao apelo do Estado da Bahia, para modificar a condenação nas custas e na verba honorária, que deve ser proporcional, nos termos do art. 21, cassada a determinação da devolução da área, que fora determinada em primeiro grau.

Salvador, 26 de março de 1991.
Olny Silva – Presidenta. José Abreu – Relator.

EMBARGOS DE TERCEIROS. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIROS CONTRA ATO DE APREENSÃO JUDICIAL PRA- TICADO EM QUALQUER FEI- TO, SEJA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO, NO DE EXECUÇÃO OU CAUTELAR. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

A relação dos atos de apreensão judicial, constante do art. 1.046 do Código de Processo Civil, é exemplificativa e não pode ser interpretada restritivamente. A qualidade jurídica da posse sobre os bens atingidos pela apreensão judicial ou o seu título de aquisição autorizam a oposição de embargos pelo terceiro, posto que figure no processo principal como parte (art. 1.046, § 2º, do Código de Processo Civil). Recurso provido.

Ap. Cív. 674/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 674/90, de Buerarema, em que é apelante Lavigne Construções Ltda. e apelado o município de Buerarema.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em dar provimento ao recurso a fim de determinar que a ação prossiga e seja ins-

truída na forma prevista.

Os presentes autos cuidam de embargos de terceiros propostos pelo apelante contra a busca e apreensão de uma pá-carregadeira de sua propriedade, deferida nos autos da respectiva ação, requerida pelo município de Buerarema contra a firma Terrac - Terraplenagem e Construções Ltda.

Três fundamentos serviram de base à decisão recorrida: a) a embargante, como litisconsorte na ação de busca e apreensão, não poderia opor embargos de terceiros; b) no processo cautelar, é inadmissível a oposição de medida dessa natureza, porque os embargos de terceiros são oponíveis apenas no processo de conhecimento ou de execução; c) não possuindo a Prefeitura Municipal de Buerarema personalidade jurídica é parte ilegítima passiva.

Os fundamentos da sentença devem ser analisados em nome da boa técnica, na ordem inversa da que consta, iniciando-se a apreciação deles pela argüida ilegitimidade passiva da parte ré.

De fato, a autora, ora apelante, opôs os embargos contra a Prefeitura de Buerarema que, efetivamente, não tem personalidade jurídica, sendo órgão do município, a quem a autora deveria afrontar. Entretanto, a ação principal também foi proposta pela Prefeitura de Buerarema e só a posteriori retificou-se para município de Buerarema, conforme se vê à fl. 24.

Trata-se de falha sanável, como se vê pelo precedente, considerando-se o indubioso direcionamento dos embargos contra o município de Buerarema, em vista de ter sido este o autor do pedido que motivou o ato de apreensão.

Além disso, até a prolação da sentença extintiva, o município ou a prefeitura de Buerarema ainda não havia sido citado, o que veio a ocorrer depois da interposição do apelo, quando o apelado, então, qualificou-se município de Buerarema, sanando a irregularidade.

Quanto ao segundo fundamento, que não cabem embargos de terceiros em medida cautelar de busca e apreensão, o art. 1.046 do Código de Processo Civil, ao citar as hipóteses de turbação ou esbulho de bens por ato de apreensão judicial nos casos de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário,

partilha, não esgota os casos possíveis de exercício do remédio ou proteção possessória. A previsão é meramente exemplificativa e não taxativa, não comportando interpretação restritiva, como entende o juiz.

A disposição focalizada visa assegurar o direito de opor embargos de terceiros a todo aquele que for afastado de sua posse por ato de apreensão judicial, sem restrições, pois o código não as estabelece.

Assim entende Hamilton Moraes e Barros, ao comentar o referido artigo:

“Não é um incidente que apenas ocorre no processo de execução, visando a ilidi-la, quando se exerce sob um bem determinado. É evidente que nasce de ato judicial praticado em qualquer feito, seja no processo de conhecimento, seja no de execução, seja no cautelar.

Os embargos de terceiros são o processo consequente de outro, o causador, aquele de onde veio o ato judicial embargado. É nesse sentido que se diz serem os embargos não um meio de pedir, mas de impedir, como já consignara Pereira de Souza, nas suas *Primeiras Linhas* (Comentários ao Código de Processo Civil, v.9, p. 292).

Quanto ao primeiro fundamento da sentença, que, funcionando como litisconsorte no processo principal, o apelante não pode opor embargos, também não resiste, em face do § 2º do art. 1.046, à análise.

Inicialmente, o que se tem de examinar é o caráter da relação processual que permitia o terceiro integrar a lide principal.

No caso dos autos, não há certeza de ser a apelante litisconsorte passiva na ação de busca e apreensão, porque o despacho a que o douto *a quo* se refere (fl. 107) não objetivou colocá-la nessa situação.

Além disso, o município de Buerarema, ao manifestar-se na busca e apreensão sobre o pedido de sustação da medida, formulado pela Lavigne Construções Ltda., argüiu a ilegitimidade desta, sustentando que o vínculo obrigacional “somente diz respeito à empresa Terrac e ao município de Buerarema. Embora tenha sido aquela representada

pelos mesmos sócios que, nessa oportunidade, estão representando, muito estranhamente, a empresa Lavigne Construções Ltda., a interligação entre elas não se perfaz" (fl. 100).

O importante para definir-se a legitimidade *ad causam* do terceiro é o exame da qualidade jurídica determinante de seu comparecimento ao processo.

Segundo Liebman, citado na mesma obra por Hamilton Moraes e Barros, "para se determinar se uma pessoa é ou não parte no processo, não é suficiente considerar sua identidade física, devendo-se, ao contrário, tomar em conta a qualidade jurídica em que compareceu ao feito. Uma pessoa física pode ser, simultaneamente, parte e terceiro com relação a determinado processo, se são diferentes os títulos jurídicos que justificam esse duplo papel que ela pretende representar, se são distintas as posições jurídicas que ela visa defender".

É o caso dos autos: a apelante interveio no processo de busca e apreensão, visando pedir ou, melhor, esclarecer que a pá-carregadeira de sua propriedade não é a mesma mencionada pelo autor da busca e apreensão em face da Terrac, ou seja, a que foi objeto da relação jurídica estabelecida entre autor e ré da medida cautelar.

Nos embargos, defende bem que, pelo título de aquisição, entende não possa ser atingido pela apreensão judicial.

"É parte legítima ativa para essa ação especial o terceiro, isto é, a pessoa física ou jurídica que não foi parte no feito principal, o feito de onde vem a constrição judicial, ou, se foi parte, tem ainda outra qualidade diversa daquela com que apareceu no feito principal, ou, ainda, quando em defesa de bens não sujeitos aos efeitos da coisa julgada que ali se estabeleceu. Em outras palavras: é embargante quem, alheio ao litígio, ficar privado da sua posse por ato judicial" (Hamilton Moraes e Barros, ob. cit. p. 295).

Como se vê, o juiz não poderia indeferir a inicial, porque há possibilidade

de a embargante ter qualidade jurídica distinta da ré, da ação de busca e apreensão, fato que só poderá vir a ser verificado com a instrução do processo, tanto que o art. 1.050, § 1º do Código de Processo Civil, faculta a prova da posse em audiência preliminar.

Pelos fundamentos expostos, dá-se provimento ao apelo para reformar a sentença e determinar o prosseguimento do processo, na forma prevista, concedendo-se à ré, oportunamente, prazo para contestar.

Salvador, 11 de setembro de 1990.
José Abreu - Presidente. Olny Silva - Relatora.

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.

O recurso contra decisão homologatória do cálculo do contador é o de agravo, por ser decisão interlocutória, que não põe fim ao processo. Não-conhecimento, por ter sido interposta a errônea apelação fora do quinquídio.

Ap. Cív. 293/91. Relator: Des. JOSE ABREU.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 293/91, de Juazeiro, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, José Mariano Nunes Júnior e Econômico S/A, Crédito Financiamento e Investimento.

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia e participantes da Turma Julgadora em não conhecer do recurso erroneamente interposto, não se o recebendo como agravo, porque intempestivamente apresentado, fora do quinquídio.

Assim se decide, porque:

Relembra-se ao nobre apelante que a decisão de que recorreu (cálculo do contador em execução de título extrajudicial) não põe termo ao processo, sendo, assim, caracterizada como decisão

interlocutória e não sentença. Esta é que enseja apelação; a decisão interlocutória, como é a que homologa cálculo do contador, é agravável, porque não implica na terminação da lide, nem aprecia o mérito do pedido, e não extingue a ação, na sua fase inicial. Não se pode, outrossim, receber o apelo como agravo, pela via da fungibilidade, porque ao apelar, erroneamente, o advogado apresentou o recurso já transposto o quinquédio legal exigível para a interposição de agravo. Em consequência, não se conhece do recurso, porque erroneamente interposto, e por ser oferecido além dos cinco dias, prazo exigido para o recurso cabível. Referendando esse ponto de vista, vamos transcrever quatro decisões de nossos tribunais que referendam a deliberação da Segunda Câmara.

“O cálculo que se lança nos autos de execução de título extrajudicial não é propriamente uma forma de liquidação que enseje sentença, mas simples incidente do procedimento executório. O indeferimento da impugnação a esse cálculo, portanto, não caracteriza sentença, mas decisão; e o recurso adequado é agravo” (*Código de Processo Civil anotado*, Alexandre de Paula, 3. ed., p. 245, ac. da 2^a Câm. do TA-RS de 08.02.83, ap. 29.715, rel.-juiz Adroaldo Furtado Fabrício).

Outro, na mesma obra:

“Execução por quantia certa de título extrajudicial não comporta a liquidação de que trata o Código de Processo Civil – arts. 603 a 611. O cálculo que se faça constituirá mero incidente do procedimento executório. A decisão que resolve sobre tal cálculo a fazer ou sobre conta feita enseja agravo de instrumento, por ser decisão interlocutória e não sentença terminativa. O caso concreto é que dirá se a decisão, mesmo com instruções ao contador, tem caráter decisório claro, quando cabe agravo, ou é mero despacho ordinário de impulso processual, quando descabe recurso algum” (ac. unân. da 3^a Câm. do TA-RS de 04.05.83, no agr. 183.016.971, rel.-juiz Ernâni Graff).

Ainda outro (também na mesma obra):

“Nas execuções por títulos extrajudiciais, não há o cálculo a que se refere o art. 605 do Código de Processo Civil. Trata-se de mero incidente de procedimento executório que inexige as formalidades da liquidação e que, em regra, enseja agravo de instrumento” (ac. unân. da 3^a Câm. do TA-RS, de 15.02.84, no agr. 184.004.323 rel.-juiz Ernâni Graff).

Outro mais, também na mesma fonte:

“Cabível é o agravo de instrumento contra o ato judicial que, em execução por título extrajudicial, homologa cálculo do contador” (ac. unân. uniformização da jurisprudência na ap. 291.637, juiz Cândido Rangel Dinamarco).

Assim, diante da jurisprudência alinhada que adotamos, dado à natureza da decisão, que é interlocutória, proferida no curso da lide e não pondo fim ao processo, o recurso é impróprio e, como não foi interposto no quinquédio, não se o recebe como agravo, tolhida, assim, a fungibilidade.

Não se conhece, pois, do recurso.

Salvador, Sala das Sessões da 2^a Câmara Cível, 18 de junho de 1991. Olney Silva – Presidenta. José Abreu – Relator.

FALTA DE CITAÇÃO DE LITIS-CONSORTE. REALIZAÇÃO DO ATO PROCESSUAL IMPUGNADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

*Não havendo sido providenciada pela impetrante a citação ordenada da litisconsorte necessária e, ademais, consumado processualmente o ato impugnado pelo **mandamus**, é de ser julgado extinto o processo, sem apreciação do mérito.*

Mand. de Seg. 420/90. Relator:
Juiz BENITO FIGUEIREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de mandado de segurança 420/90, de Jequié, em que Maria Lúcia Gomes Ribeiro é impetrante e a doutora juíza de direito da 3^a Vara Cível, impetrada.

Acordam, à unanimidade, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em declarar a extinção do processo sem julgamento do mérito.

A impetrante pleiteia a sustação do leilão e a declaração de nulidade de todos os atos praticados a partir da penhora, inclusive, nos autos da execução contra si movida pela firma Joanes Industrial S/A – Produtos Químicos e Vegetais, processo 103/90, em curso pela 3^a Vara Cível da Comarca de Jequié.

Embasa-se o mandado de segurança nas alegações da petição de fls. 2/5, resumidas em seguida: a) por não possuírem os demandados bens no foro da execução, foi-lhes penhorado um imóvel situado na comarca de Itajibá, sem a indispensável carta precatória, diretamente pelo oficial de justiça da comarca de Jequié, pelo que tal ato processual é nulo, conclui; b) ademais, também a avaliação padece de nulidade, apesar de deprecada e procedida pelo avaliador judicial, tendo-se que o preço atribuído ao bem penhorado – podendo-se mesmo dizer-lo “irrisório e ridículo” (*sic*, à fl. 3) – encontra-se muito aquém do real valor do imóvel, insuficiente para sequer cobrir as benfeitorias ali existentes (cf. às fls. 3/4), tudo isso ensejando nova avaliação, a teor do Código de Processo Civil, art. 683, I; c) além disso, os devedores não foram intimados da avaliação, embora a impetrante já com procurador judicial nos autos, e, tão-somente, tomando conhecimento do laudo avaliatório quando intimados da praça e leilão designados; d) inúteis foram todas as manifestações de irresignação dos devedores em relação às irregularidades denunciadas nos autos, a doutora juíza, mesmo consciente de estar agindo contrariamente à lei – “e recusando-se terminantemente a decidir sobre as peti-

ções apresentadas” (*sic*, à fl. 5) –, manteve a designação da praça, que se realizou no dia 30 de dezembro de 1990 e, não tendo havido arrematante, continua “no firme propósito de realizar o leilão” marcado para o dia 14 de novembro de 1990 (*id. ib.*).

Deferida a liminar (fls. 29/30), juntados os informes solicitados (fls. 34/38), e, apesar de a impetrante não haver atendido à intimação para promover a citação da litisconsorte necessária, o eminentíssimo doutor procurador de Justiça, com vistas dos autos, emitiu o parecer de fls. 54/56, pela declaração extintiva do processo, sem julgamento de mérito, à luz do disposto no art. 267, XI, c/c o art. 47, ambos do Código de Processo Civil.

Passando-se à decisão propriamente dita, tem-se que efetivamente se impõe a declaração extintiva por mais de um fundamento.

Como bem acentuou o douto procurador de Justiça, no mencionado parecer, configurando-se, no caso, a existência de litisconsórcio necessário, indispensável se fazia a citação da credora-exeqüente, Joanes Industrial S/A – Produtos Químicos e Vegetais, para integrar a lide, e isso não se deu, a impetrante havendo-se mantido inativa diante da intimação para tanto recebida (cf. à fl. 55, itens 5 e 7).

De fato, o entendimento pretoriano firmou-se no sentido de declarar-se a extinção do mandado de segurança, sem apreciação do mérito, se o impetrante deixa de cumprir a determinação de promover a citação do litisconsorte necessário, conforme se pode verificar nas decisões referenciadas em seguida: TJ-PE – COAD 38395 e 48640; TA-PR – ADCOAS/83566 e TJ-RJ – ADCOAS/85408, dentre muitas outras.

Aliás, consoante observou o doutor procurador, a impetrante nem mesmo requereu a citação do litisconsorte, embora de ofício houvesse sido determinado à impetrante promovê-la, tendo-se que, consoante decidiu o egrégio STJ/4^a T, em ac. unân. de 11.06.90:

“Litisconsórcio necessário – citação

de ofício. Viola a lei federal o arresto proferido em mandado de segurança, no qual não se convocou à relação jurídica processual o litisconsorte necessário. Dá-se litisconsórcio necessário na via do *mandamus*, quando este importar em modificação da posição de quem juridicamente beneficiado pelo ato impugnado. Na ocorrência de litisconsórcio necessário, a citação independe de requerimento da parte, impondo-se sua determinação mesmo de ofício" (COAD/51303).

E a mesma corte de justiça, também através da egrégia 4^a Turma, em acórdão unânime de 11 de dezembro de 1989, acerca da expressão "promover a citação", constante do Código de Processo Civil, art. 47, parágrafo único, exarou seu entendimento:

"— 'Promover' a citação, como consta do art. 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, significa requerê-la e arcar com as despesas de diligência; não significa efetivá-la, pois, no direito processual brasileiro, a citação é feita pelo sistema da mediação (...)" (COAD/47988).

Por outra, a declaração de extinção processual resulta em imperativo, não só pelo fato de haver-se consumado o ato fulcral da impetração – o.s., o leilão impugnado através do *writ* –, antes de impedi-lo a tutela mandamental provisória, como em razão do encerramento do processo de execução, eis que, segundo informa a doutora juíza impetrada, o bem penhorado, à falta de licitantes, veio a ser adjudicado pela credora-exequente (cf. à fl. 38), e disso o "termo de audiência" da fl. 50 faz a devida comprovação.

E assim, encerrada a lide no juízo impetrado, resulta prejudicada a impetração para obstar ato processual embutido no processo ou mesmo declarar-se as alegadas nulidades processuais.

Por tais motivos, declara-se a extinção do mandado de segurança, sem apreciação do mérito.

Salvador, 9 de abril de 1991. Olny Silva – Presidenta. Benito Figueiredo – Relator.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. EXTINÇÃO DO PROCESSO. CESSÃO IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL DE DIREITO EM INCORPOERAÇÃO DE PRÉDIO DE APARTAMENTOS. ART. 1.074 DO CÓDIGO CIVIL.

O cedente de promessa de venda, estipulada com incorporadora, salvo estipulação em contrário, não é parte legítima para responder pelo inadimplemento da incorporadora, se dela consta cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, e se o prazo de entrega do apartamento já estava vencido. Recurso improvido.

Ap. Cív. 730/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 730/90, da Capital, nos quais figuram como apelante Carlos Sérgio Lopes Sardinha e sua mulher, Ana Maria Souza Sardinha, e como apelada Albiterra Transportes e Terraplenagem Ltda.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em negar provimento ao recurso, pelas razões expostas no voto da relatora adiante transscrito.

Voto

A Projeto Chama – Construções e Incorporações Ltda. construía o Edifício Mansão do Horto, na rua Waldemar Falcão, nesta Capital, quando Albiterra Transportes e Terraplenagem adquiriu o apartamento 401 e respectiva fração ideal de terreno, conforme contrato de promessa de compra-e-venda de fls. 12/16, lavrado em 8 de abril de 1987. O prazo de entrega do apartamento, estipulado na cláusula quarta, seria 1^º de setembro do mesmo ano.

Em 14 de janeiro de 1988, a Albi-

terra - Transportes e Terraplenagem Ltda. cedeu seus direitos ao casal Ana Maria Souza Sardinha e Carlos Sérgio Lopes Sardinha pelo preço de dois milhões e trezentos mil cruzados, com anuência da firma Projeto Chama - Construções e Incorporações Ltda.

A ação foi proposta pelos cessionários contra a cedente, visando a rescisão do contrato, condenando-se a ré a devolver-lhes os valores pagos, acrescidos de juros e correção monetária e indenizá-los de perdas e danos, em razão de não lhes ter sido entregue o apartamento adquirido.

A ação foi extinta sem julgamento do mérito, sob argumento de ilegitimidade passiva *ad causam*.

No apelo, os autores dizem que a sentença considerou o caso como se fora mera cessão de crédito regida pelos arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil e não um contrato particular de promessa de compra-e-venda de imóvel não-loteado, subordinado aos dispositivos das Leis 6.766 e 4.591/64. A promitente-vendedora foi a cedente que, para cumprimento do contrato, deveria acionar a vendedora Projeto Chama - Construções e Incorporações Ltda.

Do exame dos argumentos dos autores convém acentuar:

A Lei 6.766, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, não proíbe a cessão; pelo contrário, a prevê no art. 31, independentemente de anuência do loteador. Por outro lado, a Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, e o Decreto 55.815/65, que estabelece normas para escrituração dos registros criados pela dita lei, referem-se à responsabilidade do incorporador e do construtor e à possibilidade da cessão de direitos dos adquirentes, destacando as hipóteses em que exista ou deixe de existir a anuência do incorporador.

No caso, a incorporadora anuiu com a cessão e esta ocorreu quando já ultrapassado o prazo para entrega da obra, não podendo a cedente responder pelo atraso, uma vez que a situação era

do conhecimento dos cessionários, pública e notória.

Na réplica de fl. 36, os próprios autores-apelantes admitem que a cedente não tinha qualquer documento transscrito no registro imobiliário e só teria condições legais de ceder seus direitos, "mesmo assim, com anuência da parte que lhe prometeu vender".

Tratando-se de cessão de direitos, a cedente não poderia transmitir mais do que possuía. Ao se referirem à promessa de compra-e-venda realizada entre a empresa incorporadora e os cedentes, na cláusula primeira do contrato de cessão, base do pedido, os autores cessionários aceitaram expressamente assumir a posição dos cedentes, em relação ao contrato que pactuaram com a Projeto Chama - Construções e Incorporações Ltda., indubiosamente, objeto da cessão.

Dispõe o art. 1.078 do Código Civil que

"as disposições deste título aplicam-se à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência".

Em consequência, não resta dúvida, nem merece reparo, o fato de o juiz *a quo* aplicar à questão os arts. 1.065 e seguintes do citado código, dentre os quais o 1.074, que dispõe:

"Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor".

Muito menos, há de criticar-se a sentença recorrida, por considerar parte ilegítima *ad causam* a acionada.

Esclarece Moniz de Aragão, ao comentar o art. 267, VI, do Código de Processo Civil:

"Legitimidade para a causa. Outra das condições é 'a pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a outra parte'.

Este requisito concerne às duas partes, ou seja, não respeita apenas à pessoa do autor, mas também à do réu. Não basta, portanto, afirmar que a legitimidade corresponde à 'titularidade na pessoa que propõe a demanda', pois é indispensável que também o réu seja le-

gitimado para a causa". (*Comentários ao Código de Processo Civil – II*, p. 437).

Calmon de Passos, ao tratar do assunto, no comentário ao art. 295 do Código de Processo Civil, na mesma obra, ensina:

“Deve ser sujeito da relação processual, para ser parte legítima, quem é o sujeito da pretensão ou o sujeito da prestação. Em outras palavras, deve ser sujeito da relação processual quem é sujeito da lide. Deve haver, portanto, correlação entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, donde se conceituar a legitimidade processual como a pertinência subjetiva da lide. Quem afirma uma pretensão, ou quem se afirma com direito a lograr determinada consequência jurídica, bem como aquele de quem se pretende uma prestação, ou em face de quem se persegue determinada consequência jurídica, estes é que devem ser partes na relação processual para que haja legitimidade” (ob. cit. v. 3, p. 208/209).

A cessão constante do instrumento de fls. 10/11 foi clara, ao declarar transferir aos cessionários todo o direito, domínio, ação e posse sobre o imóvel descrito e cedido com as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade.

Ora, como os cessionários conheciam a origem da aquisição do bem (promessa de compra-e-venda de fls. 12/14), não há dúvida que a cessão foi *pro soluto*, não se responsabilizando a cedente pela solvência do devedor. Por este motivo, contra a promitente-vedadora originária a ação deveria ter sido proposta e não, como foi, contra os cedentes, que tudo transferiram de modo irrevogável e irretratável.

Confirma-se a sentença, pois se afina, perfeitamente, com os preceitos legais e interpretação doutrinária da cessão de direito.

Salvador, 4 de setembro de 1990.
José Abreu – Presidente. Olny Silva – Relatora.

INVESTIGATÓRIA. INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL. PRECLUSÃO.

Sendo relativa a incompetência e não absoluta, como assevera o apelante, por dizer respeito à incompetência territorial do juiz, ela deveria ser oposta através de exceção (art. 112 do CPC) e no momento próprio. Inerte a parte, opera-se a preclusão e se opera a prorrogação da competência do juiz. No mérito, existe a prova do concubinato, bem como da coincidência da concepção do investigando com este, motivo por que se mantém a sentença. Improvido o apelo.

Ap. Cív. 886/90. Relator: Des. JOSÉ ABREU.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 886/90, de Catu, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Arivaldo Alves Cordeiro e Maria Lúcia Cardial, esta representando seu filho Ariston Cardial.

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em rejeitar a preliminar de incompetência e, no mérito, em manter a decisão recorrida, negando provimento à apelação.

Esse entendimento deriva, quanto à preliminar, da circunstância de ser de todo improcedente a arguição de incompetência territorial do juiz sentenciante, de índole relativa e não absoluta, como fiança o digno advogado argüinte. Sendo de tal espécie a incompetência, sua arguição demanda o levantamento de exceção, segundo o princípio estatuído no art. 112 da lei processual civil, ao contrário da absoluta, que pode ser levantada ou declarada de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, consante princípio contido no art. 113 da mencionada lei. A exceção deve ser oposta, *oportuno tempore*, e, não o fazendo a parte argüinte, opera-se a pre-

clusão. Como não houvesse a arguição, na forma e tempo hábeis, prorrogou-se a competência do juízo da comarca de Catu, mesmo admitida a incidência do art. 94 da Lei de Ritos civil, consoante se colhe na obra de Alexandre de Paula:

"A regra do art. 94 encerra preceito de caráter genérico e diz respeito à competência relativa, que pode perfeitamente ser alterada pela vontade das partes, ou até mesmo pelo silêncio ou falta de oposição do réu" (autor citado, *Código de Processo Civil anotado*, - Revista dos Tribunais, 1986 - v. 1, p. 452, grifamos).

Por tais motivos, repele-se a arguição, reconhecida a competência do juiz sentenciante.

No mérito, como bem assevera o nobre procurador, embora seja reconhecidamente pobre, quantitativamente, a prova produzida, respalda ela a pretensão investigatória e as conclusões do *decisum*. Existe nos autos a prova das relações concubinárias entre as partes e também a certeza de que, no seu curso, ocorreu a concepção do menor Ariston. Maria Odete da Silva (fl. 34) afiança que o réu e a mãe do menor investigante viveram em estado de concubinato e que, no curso deste, veio a engravidar - mantendo mais encontros "seguidos e exclusivos". Assinala mais que os filhos do acionado brincam com o menor investigante e o consideram como irmão. Idêntico o depoimento de Hélio Araújo (fl. 33 dos autos), afirmando que presenciou, muitas vezes, o réu conduzir a mãe do menor de Catu para a fazenda Pedras, em seu carro particular, afiançando mais a fidelidade da genitora do menor requerente, afiançando que Arivaldo não reconheceu o filho porque estava noivo. Que, ao saber que a mãe do menor investigando engravidara, o acionado foi-se afastando dela e afinal deixou de dar-lhe qualquer assistência.

Diante de tal prova, quantitativamente pobre, mas relevante, pelos detalhes que evidencia, não há como se deixar de reconhecer a paternidade, com lastro no princípio do art. 363, I, da lei

civil pátria. Exige o referido dispositivo que entre o pretendido pai e a genitora do investigado haja concubinato, que não se traduz, necessariamente, na coexistência da vida num mesmo teto. Já assinalava Carvalho Santos, festejado comentarista de nosso Código, que:

"Nem é preciso, para haver concubinato, que a mãe e o pai residam sob o mesmo teto. É bastante que haja ligações freqüentes, embora a mulher viva fora do domicílio particular de seu amante. Se bem que no conceito do concubinato está, como um dos elementos, a vida em comum, sob o mesmo teto, como é o dos casados, e seja a normalidade das coisas, excepcionalmente pode haver concubinato notório, tendo os dois amantes domicílio distinto" (cf. autor citado, *Código Civil Brasileiro interpretado*, Calvino Filho Editor, 1934, v.5, p.475/476).

No caso dos autos, embora não houvesse a vida *more uxorio*, nem por isso deixa de existir o concubinato a que alude a lei civil, estando certo que a concepção do menor Ariston coincidiu com aquele. Correta, portanto, a decisão do juiz, referendada pelo duto parecer da Procuradoria.

Por tais motivos, no mérito, nega-se provimento à apelação, mantida integralmente a sentença.

Salvador e Sala das Sessões da 2^a Câmara Cível, 26 de março de 1991.
Olyn Silva - Presidenta - José Abreu - Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO PARA PROPOSITURA. VERDADE SABIDA. INOCORRÊNCIA.

O recurso administrativo não tem efeito suspensivo, razão por que não interrompe o prazo para a propositura do mandado de segurança, mas, a interposição do recurso e cada decisão proferida que atinja direito líquido e certo do interessado.

do dão início à contagem de um novo prazo para a ação mandamental. Inexiste verdade sabida quando, mesmo havendo a flagrância da falta disciplinar, o funcionário a quem supostamente se atribui a falta não está presente para oferecer à autoridade coatora a convicção da responsabilidade do punido. Nessa hipótese, é preciso que, antes, seja ouvido o funcionário supostamente responsável pelo ato, em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa. Recurso improvido.

Ap. Cfv. 585/89. Relator: Desa. OLNY SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 585/89, da Capital, nos quais figuram como apelante o estado da Bahia e apelado Almiro Cezimbra Tavares.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em rejeitar a preliminar da decadência da ação e, no mérito, negar provimento ao apelo.

O apelante entende extinto o direito de ação do apelado, porque, no direito brasileiro, não há recurso administrativo com efeito suspensivo e, tratando-se, como se trata, de mandado de segurança, não há interrupção do prazo para propositura da ação, sendo ele contado a partir da ciência em 26 de maio de 1988, da punição do impetrante.

Por outro lado, o impetrante acha que, tendo interposto pedido de reconsideração previsto como recurso administrativo no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, a partir do julgamento deste, que se deu em 15 de junho de 1988, é que começaria a correr o prazo para a propositura da ação mandamental. Tendo tal proposição se verificado em 7 de outubro de 1988, ocorreu dentro do prazo.

Efetivamente, o recurso adminis-

trativo não tem efeito suspensivo, nem a sua interposição interrompe o prazo para propositura do *mandamus*, pois o prazo é decadencial.

No direito brasileiro, ainda se tem como assentado o princípio que a interposição de recurso administrativo não interrompe a prescrição. Em face do princípio constitucional, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art 5º, XXXV, Constituição Federal), princípio este também consagrado na Constituição anterior, há de ter-se em vista que, havendo interposição de recurso administrativo, a decisão denegatória do recurso abre um novo prazo para o mandado de segurança.

Esta é a lição de José Cretella Júnior:

“No caso de pedido de reconsideração, esse não interrompe o prazo, como já vimos, mas, tratando-se de recurso hierárquico, cada decisão contrária abre novo prazo, porque fere e reitera a lesão ao direito líquido e certo, o qual prazo principia a fluir a partir do último ato impugnado” (Em *Comentários a Lei de Mandado de Segurança*, 3. ed. Forense, p. 175).

No caso, há previsão legal no art. 53, parágrafo único, I, do Regulamento aprovado pelo Decreto 29.535, de 11 de março de 1983, de pedido de reconsideração, erigido à categoria de recurso disciplinar, na forma de recurso hierárquico próprio.

Há, ainda, embora de flagrante inconstitucionalidade, previsão, no mesmo regulamento, de transgressão disciplinar correspondente ao fato de recorrer-se ao Poder Judiciário antes de esgotar todos os recursos administrativos (art. 13, XXXVIII).

Todas essas disposições regulamentares, embora não tenham o condão de inibir o acesso do prejudicado às vias judiciais por força da disposição constitucional referida, levam à conclusão que, a partir do julgamento do recurso disciplinar, tem-se novo prazo para propositura do mandado de segurança, quando tal julgamento prejudique direito

líquido e certo do servidor público.

Rejeita-se, por tais fundamentos, a preliminar de decadência.

No mérito, o impetrante foi punido porque uma viatura que serve à Policia Militar estava sendo conduzida por um policial militar fardado, trazendo, em seu interior, quatro pessoas à paisana, cidadãos civis, tendo sido punido o impetrante, porque o veículo servia ao Centro de Suprimento e Manutenção de Motomecanização e, segundo informação, estava trafegando naquelas condições por determinação do impetrante.

O apelante caracteriza o fato como verdade sabida, que, no dizer de Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 14. ed. p. 593, "é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator".

Efetivamente, a verdade sabida é meio sumário para a aplicação de penalidades disciplinares menores, como o próprio apelante se refere à fl. 49. No caso dos autos, embora a penalidade aplicada tenha uma certa gravidade, o flagrante pela própria autoridade competente para a punição ensejava a invocação do princípio da verdade sabida.

Entretanto, flagrada a irregularidade, isto é, o tráfego do veículo conduzindo passageiros civis, apurou-se, também, que o impetrante não se encontrava presente, e não se defendeu da responsabilidade pelo fato.

Como bem disse o doutor procurador, o veículo poderia perfeitamente estar sendo conduzido sem autorização do impetrante.

Assim, a flagrância do fato, não estando presente o suposto responsável pela infração, anulou o efeito probante da figura da verdade sabida e, não tendo sido apurada a infração, cerceou-lhe a defesa.

Vale lembrar que a própria autoridade coatora, em suas informações, deixou patente que prejulgou a situação, por entender que ouvir o militar "não mudaria o júzgo de valor deste comando".

Em prejulgando, pois não ouviu as

razões do impetrante, violou direito líquido e certo deste, qual seja de defender-se da acusação que lhe estava sendo imputada (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Não se trata aqui, porque não é possível, do exame do mérito da punição, isto é, se justa ou injusta, mas sim da ilegalidade do ato praticado com ofensa ao direito constitucional de ampla defesa.

São essas decisões açodadas, proferidas sem cautela e sem observância de preceitos constitucionais, que possibilitam sua revogação por parte do Poder Judiciário, embora, no mérito, possam até parecer justas.

É preciso que as autoridades administrativas tomem consciência de que, numa democracia, não pode ser postergado o direito de defesa de ninguém.

Diante dessas considerações, nega-se provimento ao apelo, ficando mantida a sentença, na sua integridade.

Salvador, 25 de setembro de 1990.
Wilde Lima - Presidente. Olny Silva - Relatora.

MEDIDA CAUTELAR.

Produção antecipada da prova. Inaplicabilidade do art. 806 do Código de Processo Civil. O ensinamento doutrinário. A orientação jurisprudencial. Provimento do apelo.

Ap. Cív. 1.795/90. Relator: Juiz JOÃO SANTA ROSA DE CARVALHO.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos estes autos de apelação cível 1.795/90, de Porto Seguro, sendo apelante Hélio Leal Gomes e apelados Adelmo Pimenta Soares e Homero Batista Filho.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de

Justiça da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao apelo para, cassada a sentença apelada, determinar se prossegue no processo, como de direito.

Na comarca de Porto Seguro, o comerciante Hélio Leal Gomes requereu contra os advogados Adelmo Pimenta Soares e Homero Batista Filho ação cautelar de produção antecipada da prova, alegando, em síntese:

Que se tornou sócio-cotista da firma Mundaf Turismo Ltda., possuidora do Hotel Sol Tropical, situado na praia de Taperapuã, sendo que os requeridos, merecedores da confiança dos demais sócios, foram conduzidos à qualidade de gerentes e administradores do hotel e da firma; que os outros sócios-cotistas, José Marcos do Nascimento e Lotar Negri, também não têm influência na administração; que os requeridos não estão cumprindo as obrigações e, o mais grave, montaram uma nova firma no local, denominada Velas do Atlântico Empreendimentos Turísticos e Imobiliários Ltda., ignorando completamente a fiscalização e com total desprezo aos direitos dos outros sócios; que abriram uma conta da nova firma junto ao Bradesco e, ao que deixa transparecer, vêm movimentando dinheiro e cheques de hóspedes do hotel nessa nova conta, prejudicando os interesses não só dos sócios como das obrigações fiscais; que a firma Mundaf Turismo Ltda. possui diversas contas bancárias nas instituições sediadas na cidade; que, diante dos fatos e tendo em vista que o sócio deve ter acesso às informações bancárias, até porque deseja resguardar não só os seus direitos como, também, suas obrigações, requer perícia nas contas bancárias e ofício a todos os bancos para que prestem informações.

Requeru a concessão de liminar, o que lhe foi deferido, oficiando-se aos estabelecimentos de crédito, nomeando-se perito e facultando às partes a indicação de assistentes e formulação de quesitos.

A requerimento dos suplicados foi, contudo, declarada a ineficácia da medida deferida *início litis* e, em conse-

qüência, decretada a extinção do processo, com fundamento em que a ação principal não fora intentada no prazo de 30 dias.

Daí o apelo.

Nada mais equivocado, acredito, do que a decisão que declarou a caducidade da liminar.

Em primeiro lugar, o simples fato de a perícia, que é o objeto principal do procedimento, destinar-se a instruir a ação dissolutória, como está dito e redito na inicial, esse simples fato estava a indicar que, sem o laudo, o resultado dos trabalhos dos peritos, não poderia ser ajuizada a referida ação.

Ademais, como é sabido, não se aplica à produção antecipada da prova o art. 806 do Código de Processo Civil.

Humberto Theodoro Junior ensina que “nos provimentos merativos conservativos (justificação, protesto, interpelações e notificações) e nos de antecipação de prova (vistoria e inquirição de testemunhas *ad perpetuam rei memoriam*) não tem, como é óbvio, nenhuma influência o art. 808 (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. v. 5, p.124).

Já Galeno de Lacerda assegura que “se a preclusão do art. 806 abrange as cautelas que importam segurança quanto a bens materiais destinados a garantir a execução, não cabe estendê-lo, como de regra, às providências que implicam a antecipação provisória da prestação jurisdicional” (*Código de Processo Civil* 2. ed., v.8 – t.1, p. 376).

A jurisprudência, por seu turno, não discrepa desse entendimento: “A vistoria, simples produção antecipada da prova, não condiciona a propositura da ação no prazo de 30 dias previsto no art. 806 do Código de Processo Civil” (ac. unân. da 1^a Câm. Cív. do TJ-SP, rel. des. Carlos Rolim, *in RT*, v. 518, p. 120).

“O artigo 806 do Código de Processo Civil não tem amplitude ilimitada de modo a abranger todas as medidas cautelares, entre estas vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, prova meramente conservativa e que visa a assegurar a

instrução da causa onde será apreciada (ac. da 3^a Câm. do 2^o Trib. de Alçada de São Paulo, rel. Pércio Mancebo, *in RT*, v. 541, p.189).

É verdade que os apelados procuram convencer que a liminar implica em constrição aos seus direitos. O que não é exato. Duas providências buscam a cautelar: a perícia que foi obstaculada pela decisão recorrida e ofícios aos bancos, solicitando informações. Ora, esses ofícios nenhum prejuízo causaram aos apelados. Não importa em bloqueio ou qualquer restrição à movimentação de contas.

Confira-se, a propósito, o acórdão da 2^a Turma do Supremo Tribunal Federal, de que foi relator o ministro Alder Passarinho: "É de aplicar-se o entendimento jurisprudencial consubstancial na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, se a decisão impugnada foi no sentido de que, em se tratando de medida cautelar de feição preventiva não importando afetação do direito ou constrição de bens, não havendo assim prejuízo para a parte ré, não incide a exigência do art. 806 do Código de Processo Civil, de que a ação seja proposta no prazo de 30 dias, não ocorrendo, deste modo, caducidade, se tal não suceder" (*RT* v.598, p.237).

Urge, por conseguinte, proceda-se à perícia, pois, no resultado dessa prova, é que se vai ancorar o apelante para promover a ação principal, ou seja, a dissolução da sociedade.

Dá-se, pois, provimento ao apelo para, cassada a sentença, mandar se prossiga no feito, como de direito.

Sala das Sessões, 16 de abril de 1991. Olny Silva - Presidenta. João Santa Rosa de Carvalho - Relator.

TRANSAÇÃO.

Homologação. Honorários de advogado decorrentes da sucumbência. Não-abrangência se o beneficiário não participou do ato.

Ap. Cív. 389/90. Relator: Desa. OLNY SILVA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 389/90, da Capital, nos quais figuram como apelante Correia Ribeiro S/A - Comércio e Indústria e apelados o Banco Real e Maria Helena Santos Fraga.

Acordam, unanimemente, os desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da Turma Julgadora, em conhecer do apelo, rejeitar as preliminares para, no mérito, negar provimento ao recurso pelas razões expostas no voto da relatora.

Voto

O presente recurso visa a reforma da decisão homologatória de fl. 269, complementada pela de fl. 286. Esta acolheu embargos declaratórios no sentido de esclarecer que a transação celebrada e sua homologação se restringiram exclusivamente aos negócios entabulados entre as partes, "imune a verba honorária da sucumbência que é anterior à transação" e não poderia ser atingida por ela sem expressa referência ao assunto e participação da advogada que acompanhou a causa.

Inicialmente, convém examinar a tempestividade do recurso.

Quando publicada a decisão dos embargos, foi omitido o nome do advogado Jorge Luís Gomes Pedreira Franco. Surpreendida com o pedido de execução de sentença, Correia Ribeiro S/A formulou pedido de devolução do prazo e interpôs embargos de declaração, em 25 de outubro de 1989. Os embargos suspenderam o prazo de recurso, que voltou a fluir, após ciência pelo apelante da respectiva decisão, em 13 de novembro de 1989.

O apelo ingressou em 24 de novembro de 1989 (fl. 294), tempestivamente.

Conhece-se, portanto, do recurso.

Preliminarmente; argui a apelante a ilegitimidade da representação da advogada signatária da petição de embargos, para atuar em nome do Banco Real, porque houve revogação tácita do mandato que lhe fora substabelecido. É que o banco, ao constituir os advogados constantes da procuração de fls. 260/261, automaticamente, revogara o mandato anterior. Invocou os arts. 44 do Código de Processo Civil e 1.319 do Código Civil.

A procuração de fls. 260/261, outorgada pelo Banco Real S/A e outros aos advogados Márcio do Carmo Freitas, Paulo Sérgio Queiroz Barbosa, Hétila do Carmo Giovedi Galante, Celso de Lima Buzzoni e outros, todos inscritos na OAB/SP e domiciliados na capital de São Paulo, em termos gerais, foi firmada no Cartório de Notas Pompeu de Toledo, em São Paulo, em 30 de dezembro de 1987, e revogou outra constante de fl. 77, do livro 990, lavrada em 23 de abril de 1987, no mesmo cartório. Não há referência à procuração de fls. 8/9v lavrada no 24º Tabelionato daquele estado (livro 908, fl. 88).

A Dra. Maria Helena Santos Fraga ingressou no processo, representando o Banco Real S/A, em 11 de fevereiro de 1985, graças a substabelecimento, com reserva de poderes, do Bel. Carlos Eduardo de Macedo Costa (fl. 12), advogado inscrito na OAB/SP, conforme procuração de fls. 8/9v.

Atuou daquela data até 4 de maio de 1987, inclusive subscrevendo as contra-razões do recurso extraordinário de Correa Ribeiro S/A.

Extra-autos, sem a sua participação imediata, as partes se compuseram, através da transação por instrumento particular, de fls. 263/267 e 270/274, anexada aos autos, em março de 1989, pelo advogado de Correa Ribeiro S/A. Figurou naquele ato, representando o Banco Real S/A, o Bel. Celso de Lima Buzzoni, que, aos autos, anexou fotocópia do instrumento que lhe foi outorgado em 30 de dezembro de 1987, com poderes para transigir, já mencionado.

Não houve ali qualquer referência à

revogação do mandato que deu origem à atuação da Dra. Maria Helena Santos Fraga.

O pedido de homologação da transação foi firmado, apenas, pelo Bel. Jorge Luiz Pedreira Lapa, advogado de Correa Ribeiro S/A – Comércio e Indústria, a ré, na ação ordinária de cobrança. Atendido o pedido e homologado o acordo, a Dra. Maria Helena Santos Fraga interpôs os embargos declaratórios, cuja decisão motivou o apelo.

Indaga-se: estaria ela ainda munida de poderes para opor os embargos declaratórios que opôs?

Há circunstâncias capazes de conduzir à resposta afirmativa: em primeiro lugar, a procuração de fls. 260/261, com poderes gerais a vários advogados paulistas, revogou expressamente outra, e não a que foi outorgada pelo Banco Real, ao advogado substabelecente, assim, aquele poderia, ainda, prevalecer; em segundo lugar, o advogado, ao apresentar a procuração de fls. 260/261, não demonstrou pretender atuar na causa, porque omitiu o endereço onde poderia receber intimação e, sendo inscrito na OAB de São Paulo, não demonstrou ou, ao menos, referiu-se ao cumprimento das exigências do art. 56, § 2º da Lei 4.125/62, para o exercício eventual ou temporário da atividade profissional na seção da Bahia; finalmente, como o advogado que substabeleceu a Dra. Maria Helena, os poderes outorgados pelo Banco Real S/A, era, também, inscrito na OAB, seção de São Paulo, quem representou o Banco Real S/A durante todos os trâmites da ação neste Estado foi a Dra. Maria Helena, que, inscrita na OAB, seção da Bahia, e tendo endereço profissional indicado nos autos, recebeu todas as intimações, inclusive a da sentença homologatória, através do Diário da Justiça, para as providências cabíveis, sob pena de trair o mandato que recebera.

Mas, se por outro ângulo a interposição dos embargos declaratórios, cuja decisão motivou o apelo, vier a ser analisada, há de chegar-se à conclusão que, em causa própria, a Dra. Maria

Helena, como interessada, poderia opor os embargos declaratórios. Isto em razão do disposto no § 2º do art. 99 da citada Lei 4.215/63, que diz:

“Salvo aquiescência do advogado ou provisionado, o acordo feito pelo seu cliente e a parte contrária não lhe prejudica os honorários, quer os convencionais, quer os concedidos pela sentença”.

A firma, aliás, a jurisprudência que:

“A transação feita pela parte com o adversário, após a sentença, sem aquiescência do seu advogado, é ineficaz quanto a este, pois ‘a parte não tem disponibilidade dessa verba, não podendo renunciá-la nem fazer transação com o vencido’ (RT 615/99)”. Theotonio Neigrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, ed. 1990, p. 555.

Rejeita-se, assim, pelos fundamentos expostos, a preliminar de nulidade da decisão.

O outro argumento relativo ao trânsito em julgado da homologação da transação em outro processo não tem sentido. Entraria em choque com o pedido de homologação formulado pela própria apelante, à fl. 269.

Evidente que o juiz homologou a transação na parte relativa ao litígio que se extinguia, sendo desinfluente a decisão homologatória proferida em causa diversa e inexistindo a alegada coisa julgada.

No mérito, não há muito a acrescentar. O direito aos honorários fixados na condenação é direito autônomo do advogado (§ 1º do art. 99 da Lei 4.215), não pode ser objeto de transação da qual ele não fez parte. Há jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos no sentido de inadmitir sejam os honorários objeto de compensação que o cliente possa exercer, com base nesses honorários, relativamente à parte contrária (Tribunal Federal de Recursos, 1ª Turma, ac. 68.299, RJ, rel.-min. Washington Bolívar de Brito, j. 21.11.80, v.u. DJU 02.04.81, p. 2776).

Se assim é, na homologação, deveria haver a ressalva, objeto dos emba-

gos declaratórios, não importando o que consta da cláusula sexta da transação, que, embora trate do assunto, diz respeito às partes transigentes e não à embargante, beneficiária da sucumbência, segundo expõe o substabelecente na petição de fls. 511/513.

Como não se trata de cobrança de honorários, mas, de simples homologação de transação, nada mais se deve acrescentar.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 4 de setembro de 1990.
José Abreu – Presidente. Olny Silva – Relatora.

VULNERAÇÕES DE PRINCÍPIOS LEGAIS E RESULTANTES DE ERROR IN PROCEDENDO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA LIDE. INVALIDAÇÃO DO PROCESSO, A PARTIR DA INICIAL, EXCLUSIVA.

Embora se tenha consagrado o princípio genérico da inviabilidade da segurança contra sentença judicial, presume-se que exista um ato com tal ônus, pondo fim ao processo. Inexistindo sentença, porque inexistente processo, sem citação inicial, não pode o impetrante ser coagido e se curvar diante de tantas violências cometidas pela *a quo*, que subverteu os princípios mais comezinhas de direito processual, conseguindo fomentar uma verdadeira aberração jurídica, gerando, afinal, uma decisão inexistente, sob o prisma jurídico-processual. Desferimento do *writ* para proclamar-se a nulidade dos atos praticados e cassar-se a deliberação da juíza, para que se processe a lide nos moldes da lei – salvando-se, apenas, a peça vestibular. Decisão unânime.

Mand. de Seg. 269/90. Relator:
Des. JOSÉ ABREU.

ACÓRDÃO

Acordam, sem divergência, os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em conceder a segurança impetrada, mantida a medida *initio litis*, para, reconhecendo a nulidade de todo o processo, a partir da inicial, cassar a esdrúxula decisão que não tem forma, figura, nem legitimidade de sentença, para que seja a lide reiniciada, na forma da lei.

Assim se decide porque:

Pasma que uma juíza, madura na profissão, cometa tantos e tão inconcebíveis atentados contra os cínicos princípios de direito, que qualquer iniciante seria incapaz de consumar. Fica integrando este acórdão o douto parecer do nobre representante do Ministério Público, que lançou um verdadeiro e legítimo libelo contra os atos arbitrários e ilegais que se incrustaram nestes autos.

Num processo reintegratório, com pedido de garantia liminar, a doutora juíza subverteu toda a processualística incidente no caso *sub judice*, para preparar uma verdadeira "salada processual", misturando heresias e afinal cometendo uma inconcebível violência. Foi mais um, de uma série de fatos, que levou o egrégio Tribunal Pleno a retirá-la da judicatura, pela falta absoluta de condições para seu exercício, por inaptidão de comportamento e de conhecimentos jurídicos, além de desídia comprovada no cumprimento de seus deveres funcionais.

O processo *sub judice* é um perfil exato da juíza impetrada, de seus desmandos e de suas atitudes inconcebíveis e ilegitimáveis. Sem que se processasse a justificação, que é a meta do processo, na sua fase primeira, a juíza engendrou um singular acordo entre as partes e, em seguida, fez uma avaliação de benfeitorias, ante a recusa de uma das partes em aceitá-lo, e, afinal, numa coroação de tantas ilegalidades, mudou a feição da lide, transformando uma lide possessória, em estágio inicial justificatório, numa ação de adjudicação, proferindo uma

inconcebível sentença que inexiste, porque não houve citação, lide, nem mesmo acordo homologado.

Embora seja inadmissível o *mandamus* contra sentença judicial, no caso se o admite e defere, para que essa heresia não produza quaisquer efeitos, e se livre o impetrado, cassando-se a estapafúrdia decisão, e recomendando-se a reinstauração do feito possessório, a partir da peça exordial.

Salvador e Sala das Sessões da 2ª Câmara Cível, 12 de março de 1991. Olny Silva - Presidenta. José Abreu - Relator.

AÇÃO CAUTELAR DE ATENDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. NULIDADE DO PROCESSO.

Ausência de intimação do advogado para acompanhar inspeção judicial determinada pelo juiz. Nulidade do processo. Desobediência ao preceituado no art. 236, § 1º, combinado com o art. 237, I, do Código de Processo Civil.

Ap. Cív. 341/87. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 341/87, da comarca de Maracás, em que é apelante Joaquim Souza dos Santos e apelado Dálvaro Rodrigues Rebouças.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em conhecer do recurso e anular o processo, a partir da inspeção judicial (fl. 22), inclusive. Assim decidiram, incorporado a este o relatório de fls. 46/48, pelos motivos seguintes.

Trata-se de uma ação cautelar de atentado, promovida, na comarca de Maracás, por Dálvaro Rodrigues Rebouças, o apelado, contra Joaquim Sou-

za dos Santos, o recorrente.

O doutor juiz *a quo*, com o despacho de fl. 17, designara o procedimento de uma inspeção judicial na área litigiosa, determinando a intimação das partes e seus procuradores.

Segundo se infere às fls. 18, 19 e 21, foram respectivamente intimados o recorrido, o advogado do apelado e o recorrente.

Ocorre que, não obstante constar do texto do auto de inspeção judicial que, mediante cópia autêntica, instrui o processo (fl. 22), o advogado do apelante não estava presente ao ato, embora devidamente intimado; o certo é que não existe nos autos qualquer elemento de convicção que comprove haver o referido causídico sido intimado para aquele procedimento judicial.

Nessa conformidade, considerando o que dispõe o art. 236 e seu § 1º, combinado com o art. 237, I, do Código de Processo Civil, resulta indispensável, sob pena de nulidade, que, em se tratando do Distrito Federal e das capitais dos estados e territórios, consideram-se feitas as intimações das partes e dos seus advogados pela só publicação dos atos no órgão oficial.

Semelhante critério é também adotado nas demais comarcas onde haja órgão de publicação dos atos oficiais. Contudo, naquelas comarcas onde não existe jornal oficial (é o caso da comarca de Maracás), compete ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes, pessoalmente, se tiver domicílio na sede do juízo, ou, por carta registrada, com aviso de recebimento quando domiciliado fora do juízo. Estes são os ditames da lei.

Ante o expedito, dá-se provimento ao apelo, uma vez acolhida a preliminar suscitada, no sentido de anular-se o processo, a partir da inspeção judicial inclusive.

Sala das Sessões, 13 de junho de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

AÇÃO DE ALIMENTOS.

Se não constar do termo de audiência de instrução e julgamento a proposta de conciliação dos litigantes na ação de alimentos, que será renovada findos os debates, anula-se o processo, já que é indispensável à perfeição do ato.

Ap. Cív. 1.161/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.161/89, da comarca de Valença, Estado da Bahia, em que é apelante Edmundo Marinho da Costa e apelada Josane Teles Ferreira da Costa.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em acolher a preliminar pelas razões seguintes:

Trata-se de ação de alimentos julgada procedente pelo doutor juiz *a quo*, que fixou a pensão alimentícia em dois salários mínimos mensais, tendo sido revel o requerido.

Inconformado com o decisório o réu apelou, alegando, preliminarmente, que a sentença é nula de pleno direito, já que fere a Lei 7.789/89, que no art. 3º veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, ressalvando, apenas, os benefícios de prestação continuada pela Previdência Social.

O art. 3º da Lei 7.789/89 revigora dispositivo da Lei 6.205/75, que descharacterizou o salário mínimo como fator de correção monetária, o que já estava superado, neste aspecto, pela Lei 6.423/77.

Ainda assim, a jurisprudência de nossos tribunais, e, até, o Supremo Tribunal Federal, tem-se posicionado no sentido de que os alimentos podem ser fixados à base do salário mínimo.

A referida lei, tanto quanto a 7.789/89, art. 3º, tinha, como tem esta, o objetivo de afastar a utilização do salário mínimo como padrão monetário no

campo da atividade negocial, por considerá-lo fator positivo de realimentação da inflação.

Daí por que afirma o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“... Nunca poderia atingir a fixação de alimentos, ligados, em qualquer hipótese, ao custo de vida e não a outros fatores artificiais que o governo utiliza para a realização de suas medidas na política econômica” (TJ-SC, ac. unân. da 3^a Câm. Cív. de 16.08.83 – ap. 19.433 – Joinville – rel.-des. Aluizio Blasi).

Rejeitou-se, pois, essa primeira preliminar.

Apresentou o apelante, como segunda preliminar, a arguição de nulidade da sentença, porque o doutor juiz o teria condenado a pagar uma pensão que não fora objeto do pedido.

É que, na peça vestibular, a autora apelada pediu uma pensão “na base de 50% dos rendimentos do postulado”.

Assim, o doutor juiz *a quo*, ao fixar a pensão em dois salários mínimos mensais, concedeu um valor superior ao que foi pedido, consumando um julgamento *extra ou ultra petita*.

Sem razão, no entanto, o apelante, porque o douto *a quo* não estava limitado, em sua prerrogativa judicante, a atender, rigorosamente, o *quantum* postulado pela autora.

Poderia, em verdade, o julgador conceder menos ou mais do que fora pedido dentro de um critério que lhe parecesse justo, com base nos elementos dos autos submetidos ao seu prudente arbítrio.

Por inconsistência, rejeitou-se, também, essa segunda preliminar.

O doutor procurador de Justiça, no judicioso parecer, de fls. 36/39, alçou a preliminar de nulidade do processo com o argumento que teria o digno *a quo* violado o disposto nos arts. 9º e 11, parágrafo único, da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968.

É que não se vê, claramente, dos autos referência à proposta da conciliação que deveria ter sido feita no início da instrução processual, a qual seria re-

novada ao final da audiência instrutória.

Com efeito, observa-se do termo, à fl. 11, a ligeira menção: “Renovada a proposta de entendimento pelo doutor juiz, não se chegou a tanto”.

Descumpriu-se, destarte, preceito indispensável à perfeição do ato, cujo descumprimento implica na nulidade do processo.

Demais disso, não se encontra nos autos nenhuma prova referente à renda mensal do alimentante, que, sendo, também, funcionário municipal, pode sofrer desconto em folha de pagamento.

Por outro lado, opina o doutor procurador de Justiça que, da sentença, deveria constar a obrigação do requerido apelante em promover assistência médica à apelada e ao seu filho, junto ao órgão previdenciário. A decisão é omissa, no particular.

Em face do exposto, acolheu-se a preliminar do órgão do Ministério Pú- blico para declarar a nulidade do pro-cesso, a partir da audiência de instrução e julgamento, termo de fls. 10/11 verso.

Sala das Sessões, 13 de junho de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO DURANTE O PERÍODO DE GREVE BANCÁRIA.

Para aplicação no mercado financeiro, é indispensável a autorização do aplicador, não podendo o banco, à sua revelia, realizar créditos, como parâmetro de possível aplicação, no período em que a agência bancária esteve fechada em razão da greve dos bancários.

Ap. Cív. 365/89. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação cível 365/89, da comarca da Capital, em que é apelante Banco América do Sul e apelado Abílio Diz Outerello.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo pelas razões seguintes:

Por ocasião da greve dos bancários, ocorrida entre os dias 24 a 31 de março de 1987, o Banco Central funcionou normalmente, vale dizer, não foram suspensas as aplicações no mercado financeiro, não obstante a agência desta Capital, do Banco América do Sul S/A, ora apelante, tenha estado, naquele período, com suas atividades paralisadas.

Alega o apelante que nenhuma agência conseguiu funcionar, em face da ação dos piquetes, e essa foi a razão por que não foi possível a realização das aplicações financeiras que vinham sendo feitas pelo autor-apelado.

Diz o apelante que, visando ressarcir os prejuízos sofridos pelo seu cliente, lançou em sua conta corrente o valor correspondente aos rendimentos relativos às aplicações diárias que o mesmo fazia no *open* ou *overnight*, no montante que alcançariam no período da paralisação da atividade da agência, em virtude da referida greve.

Entende o apelante que a sentença que julgou procedente o pleito do autor-apelado deva ser reformada, porque o recorrido, atualmente, não mantém conta corrente na agência do apelante, já que encerrou sua conta e levantou o saldo existente, inclusive, a importância de Cz\$12.600,04 correspondente ao valor do rendimento que lhe foi creditado como ressarcimento dos prejuízos causados pela greve, com base nas taxas praticadas naquela ocasião. Não há, assim, como proceder-se ao estorno contábil, determinado pelo *decisum*, da quantia de Cz\$2.000.000,00 lançada a crédito do autor-apelado, como compensação do período em que cessara a aplicação.

Argumenta, ainda, o apelante que a importância equivalente à aplicação que

deveria ter sido feita naquele período de 24 a 31 de março de 1987 já foi depositada na conta corrente do apelado, no valor de Cz\$12.600,04, lançada desde 8 de abril de 1988, sendo pelo mesmo levantada.

Acrescenta o apelante que não é devida nenhuma quantia a título de indenização e, ante a prova produzida na contestação, deveria o autor-apelado ter sido julgado carecedor da ação.

Colhe-se dos autos, todavia, que o autor não autorizou o réu-apelante a realizar qualquer aplicação no aludido período da greve dos bancários.

Nesse caso, os rendimentos deveriam incidir sobre o valor diário do montante aplicado e não sobre a importância de Cz\$2.000.000,00, à revelia do autor-apelado.

Em verdade, os bancos, sendo empresas especializadas da área financeira em prestarem serviços, com retorno remuneratório, estão obrigados, no interesse do próprio sistema, no que concerne a sua própria estabilidade, a manter uma organização que garanta a mais completa segurança aos seus clientes.

Nessa linha de pensamento, a doutrina e a jurisprudência têm preconizado um tratamento rígido na apreciação do comportamento das instituições financeiras de qualquer natureza, em face da sua eventual culpa, não contemporizando com atos dolosos ou culposos, ainda que possam ser tidos como faltas leves.

Vale lembrar palavras de Arnaldo Wald:

“O banqueiro, como todo empresário, responde pelos danos por ele causados, no exercício da profissão, a seus clientes e a terceiros. A responsabilidade do banqueiro é até agravada pelo fato de lidar com recursos alheios” (RT 497/37).

Por outro lado, sabido que o contrato do cliente com o banco é um contrato de adesão, sendo inofensável a desigualdade de posição que prevalece entre as partes, impõe-se, no caso, uma proteção peculiar e efetiva do cliente em relação a seu banqueiro.

Para que haja adesão a esse con-

trato escrito ou meramente verbal, no caso da aplicação em *overnight*, é indispensável a demonstração clara, sem rebuço, da vontade do aplicador.

Ora, no caso dos autos, é o próprio apelante que afirma, em suas razões de apelado, fls. 31/33, como já afirmara na contestação, fls. 15/17, ter creditado na conta corrente do autor-apelado o valor correspondente à quantia de Cz\$2.000.000,00, cujo lançamento foi feito à sua revelia.

Destarte, negou-se provimento ao apelo, para manter-se a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, 13 de junho de 1990. Batista Neves – Presidente. Hélio Lanza – Relator.

EXTINÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO-CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES NECESSÁRIOS.

O prazo decadencial conta-se da data em que o impetrante torna conhecimento do ato hostilizado no mandamus. É cabível mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso, desde que ocorra anormalidade processual e o recurso adequado para saná-la não tenha efeito suspensivo. Extingue-se o processo de mandado de segurança ab initio, se o impetrante não moveu, no prazo legal, a citação dos litisconsortes necessários.

Mand. de Seg. 78/90. Relator: Des. HÉLIO LANZA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 78/90, da comarca de Cruz das Almas, estado da Bahia, em que é impetrante Lourival de Souza Ferreira e impetrado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da comarca.

Acordam os desembargadores

componentes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em declarar extinto o mandado de segurança 9.637/89, da comarca de Cruz das Almas, pelas seguintes razões:

Lourival de Souza Ferreira impetrhou o presente mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara Cível da comarca de Cruz das Almas, alegando que, com o afastamento do vereador Raul Moreira Molina Barrios, pelo presidente da Câmara Municipal da supracitada cidade, com base no art. 7º, § 2º, Dec.-lei 201/67, foi convocado para preencher a vaga na qualidade de primeiro suplente, sendo, entretanto, afastado de suas funções parlamentares, pois o vereador Raul Moreira Molina Barrios obteve a liminar, no *writ* impetrado pelo mesmo contra o ato do presidente da Câmara de Vereadores de Cruz das Almas, reintegrando-se, assim, naquele cargo.

Disse ainda o impetrante que, tomando conhecimento da decisão final do *writ* impetrado pelo vereador Raul Moreira Molina Barrios contra o presidente da Câmara da cidade de Cruz das Almas, interpôs “recurso de apelação, argüindo a nulidade do processo por ausência de citação do ora impetrante, como litisconorte passivo necessário”; todavia, o doutor juiz somente recebeu o recurso no efeito devolutivo e, assim, teve o impetrante o direito subjetivo lido e certo violado, daí a impetratura do presente *mandamus*.

O impetrante alega que, se decretada, pelo Tribunal, a nulidade da sentença, também, será declarada nula a liminar, uma vez que a decisão definitiva absorve a decisão provisória.

Pedi, por fim, a concessão da liminar, que foi deferida por despacho de fls. 62/62v.

Todavia, citado o litisconorte para integrar a lide, o mesmo manifestou-se, alegando, preliminarmente, intempestividade do *writ*, pois o ato que determinou a reintegração do suplicante no cargo de vereador, com o afastamento do

suplente, ora impetrante, foi consumado em 28 de junho de 1989 e, somente em março de 1990, foi requerido esse mandado, logo, com mais de 120 dias do prazo decadencial.

Também, como preliminar, argüiu o litisconsorte a improcedibilidade do meio processual, uma vez que, não satisfeito com o julgamento do *mandamus*, o referido suplente interpôs não só o recurso de apelação como, também, impetrhou o presente mandado de segurança, usando, assim, dois recursos contra a mesma decisão, o que é vedado pelo sistema processual vigente.

Disse, ainda, o litisconsorte que o doutor juiz, ao apreciar os fatos e o direito alegados na peça exordial e nas informações, verificando que o fato de ter o impetrante feito um pronunciamento na Câmara a respeito de emissão de cheques pela mesa da Câmara Municipal, sem a suficiente provisão de fundos, não configura a infração prevista no art. 7º, III, do Dec.-lei 201/67, e o que prescreve a Constituição Federal, no art. 29, VI, que estabelece a inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandado e na circunscrição do município, concedeu o *a quo* a segurança, reintegrando-o no cargo de vereador.

O litisconsorte alegou, também, que existe um pedido de arquivamento do inquérito instaurado em 4 de junho de 1980, através da Portaria 003/89 (doc. 10), para apurar falta de decoro parlamentar do vereador Raul Moreira Molina Barrios, que não foi concluído dentro do prazo de 90 dias, conforme preceitua o art. 5º, VII, do Dec.-lei 201/67.

Afinal, pediu a revogação da liminar, concedida às fls. 62/62v, o que foi deferido, às fls. 110/110v.

No seu parecer, o ilustre procurador de Justiça, mesmo entendendo que as preliminares argüidas não devem ser afastadas, no mérito, opinou pelo deferimento do pedido de Lourival de Souza Ferreira, não para anular, mas, para extinguir aquele processo de mandado de segurança, impetrado perante o juízo de direito da comarca de Cruz das Almas,

uma vez que em momento algum foi promovida a citação do impetrante, como litisconsorte, para integrar a lide no polo passivo.

É o relatório.

No presente *mandamus*, o litisconsorte, Raul Moreira Molina Barrios, bem como o doutor procurador de Justiça argüiram, como preliminar, a ocorrência do prazo decadencial, das por que entendem que o *writ* não poderia, sequer, ser conhecido, quer se conte o prazo da data do ato judicial emitido pelo juízo da comarca de Cruz das Almas, mandado de reintegração de cargo e intimação, datado de 28 de junho de 1989, quer se conte da data em que o impetrante foi afastado, quando da primeira sessão, após o recesso, em 3 de agosto de 1989, quer se conte da data de notificação da concessão da segurança requerida ao juízo daquela comarca, datada de 11 de outubro de 1989 e consumada, conforme certidão, de fl. 47 verso, em 16 de outubro do ano supracitado.

O que se observa dos autos é que tais atos foram dirigidos e científicos ao presidente da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Cruz das Almas, tendo o impetrante tomado conhecimento da decisão do doutor juiz *a quo* no mandado de segurança requerido pelo vereador, Raul Moreira Molina Barrios, ora litisconsorte, espontaneamente, e, de logo, interpôs recurso de apelação, em 31 de outubro de 1989, recebido pelo *a quo*, somente, em 20 de novembro desse mesmo ano.

Ora, nesse caso, o prazo decadencial extinguiu-se em 1º de março de 1990, data em que foram apresentados e registrados os presentes autos, conforme carimbo apostado à fl. 61.

Rejeitou-se, assim, essa primeira preliminar.

Como segunda preliminar, o litisconsorte argumenta que esse *mandamus* não pode ser conhecido, por ser inadequado, já que o ora impetrante interpôs recurso de apelação, objetivando cassar a segurança concedida pelo juízo da co-

marca de Cruz da Almas.

Desse modo, usou o impetrante dois meios recursais contra a mesma decisão, vedados pelo ordenamento processual.

Essa posição foi assumida, também, pelo doutor procurador de Justiça, que se referiu à Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, que diz:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Ocorre, todavia, que o doutor juiz *a quo* recebeu a apelação, esclarecendo, em seu despacho, que o fazia “em seus efeitos regulares”.

Recebeu, pois, no efeito meramente devolutivo, porque, segundo a lei que disciplina a espécie:

“Os efeitos dos recursos em mandado de segurança é somente o devolutivo, porque o suspensivo seria contrário ao caráter urgente e auto-executório da decisão mandamental” (Hely Lopes Meirelles, in *Mandado de Segurança*, 12. ed., Revista dos Tribunais, p. 70).

Sendo a apelação, nesse caso, desprovida de efeito suspensivo, é, por isso mesmo, cabível mandado de segurança para evitar que venham a ocorrer danos graves ou irreparáveis ao impetrante.

Vale mencionar, nesse passo, o seguinte aresto, também do Supremo Tribunal Federal:

“Não havendo recurso com efeito suspensivo contra determinada decisão judicial e podendo esta causar danos irreparáveis ao impetrante, há que se admitir a segurança pleiteada” (STF, rec. extraord. 8707-6-DF, 2^a Turma – rel. min. Xavier de Albuquerque. DJ 02.12.77).

Rejeitou-se, também, essa segunda preliminar.

No mérito, impõe-se o acolhimento da conclusão do parecer do doutor procurador de Justiça, que opina “pelo deferimento do pedido de Lourival de Souza Ferreira, não para anular, mas, em verdade, para extinguir o processo de mandado de segurança, impetrado perante o juízo de direito da comarca de

Cruz das Almas, visto que, em momento algum, como comprovado, de plano, foi promovida a sua citação, para integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário”.

Cabe a transcrição do julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

“Mandado de segurança. Extinção. Citação de litisconsorte necessário. Falta”.

Extingue-se o processo de mandado de segurança, sem julgamento do mérito, se o impetrante não promoveu, no prazo da lei, a citação dos litisconsortes necessários” (TJ-PR-ac. unân. 1.385 do Jr. das Câms. Cívs.-julg. em 28.9.89 – rel.-des. Wilson Reback).

Por esses fundamentos, deferiu-se o presente *writ*, para extinguir o processo *ab initio* de mandado de segurança 9.637/89, da comarca de Cruz das Almas.

Sala das Sessões, 20 de junho de 1990. Batista Neves – Presidente, Hélio Lanza – Relator.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. CLÁUSULA CONSTANTE DE PARTILHA DOS BENS DO CASAL EM AÇÃO DE SAPARAÇÃO CONSENTRUAL. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DA COISA JULGADA REJEITADAS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Não existe cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide. Quando a prova documental produzida pelas partes torna madura a causa para decisão final. A coisa julgada no sentido material só se produz em processo de jurisdição contenciosa e é característica das sentenças definitivas que solucionam o litígio. É de ser anulada a cláusula estabelecida na divisão dos bens em separação judicial consen-

sual que despoja o uso, o gozo e disposição da coisa, porque potestativa, defeso em lei. Art. 115 do Código Civil, parte final.
Ap. Cív. 977/89. Relator: Desa. CELSINA REIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 977/89, em que são partes Nilton Paixão Cruz e Reutânia Gusmão Santana Cruz, como apelante e apelada, respectivamente.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, rejeitadas as preliminares, em votação unânime, em negar provimento à apelação interposta, consante os fundamentos expostos a seguir.

Integra o presente o relatório de fls.

Reutânia Gusmão Santana Cruz, ora apelada, propôs frente ao seu ex-marido, Nilton Paixão Cruz, para o fim de ver declarada a nulidade da cláusula prevista na alínea c do item 2 da partilha dos bens do casal, na ação de separação consensual, que teve curso perante a 8^a Vara de Família desta Capital, cuja íntegra é a seguinte:

“A casa que ficou para a separanda é a mesma que residiu o casal, não será disponível para ocupação como residência da mesma, devendo ser vendida a terceiro, se, no prazo de seis meses desta data, não tiver o separando condições de pagar o valor correspondente ao seu preço no mercado imobiliário ou lhe oferecer outro imóvel do mesmo tipo, qualidade e valor. O separando ficará residindo no mencionado imóvel, como solteiro, até o término do prazo acima estipulado.”

A sentença do primeiro grau acolheu a pretensão anulatória, donde a irresignação do réu apelante, que em suas razões alçou duas preliminares.

Sustenta a nulidade da decisão, tendo em vista o julgamento antecipado da lide, porquanto a coação alegada e reco-

nhecida na sentença haveria de ser objeto de prova testemunhal.

Quanto à segunda – da coisa julgada –, alega o trânsito em julgado da sentença que homologou o acordo.

No mérito, nega a existência da coação bem como estar inserida na mesma condição potestativa.

Não há como aceitar-se a argüição desenvolvida pelo apelante para obter a invalidade da sentença hostilizada.

A matéria em deslinde, sem dúvida, cinge-se à questão de direito e a prova é pré-constituída, como se vê à fl. 12.

A coação alegada e reconhecida na sentença foi a *vis compulsiva*, ao sentir do julgador *a quo* a cláusula em controvérsia, desnudou-a, como bem salientou, entendendo por isso mesmo desnecessária a produção de prova em audiência.

Correto é o julgamento antecipado da lide, quando a prova documental produzida pelas partes torna madura a causa para decisão final.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de nulidade.

Referentemente à segunda preliminar, coisa julgada, em sentido material, só se produz em processo de jurisdição contenciosa. A coisa julgada é característica das sentenças definitivas que solucionam o litígio.

As sentenças homologatórias, de partilha amigável em separação judicial por mútuo consentimento, não fazem coisa julgada em sentido material.

É o magistério da doutrina e da jurisprudência, a exemplo do extraído do acórdão na apelação cível 638/75 da Terceira Câmara deste Tribunal, de que foi relator o desembargador Carlos Souto:

“... se a sentença de mérito produz coisa julgada em sentido material capaz de impedir uma ação ordinária para apuração do saldo (Ement. TJ-BA, p.137).

Também assim julgou em acórdão unânime a Terceira Câmara do 1º TACív.-SP., no agravo 274-367, de que foi relator o juiz Sydnei Sanches, *in Rev. Forense* 272/220:

“Coisa julgada só existe quando ocorre sentença de mérito passada em

julgado, em ação com o mesmo objeto, com a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes".

Rejeita-se também esta preliminar.

No mérito, melhor sorte não se pode reservar ao apelante, em que pese o esforço do signatário da inconformidade.

A pretensão anulatória, exposta na inicial, que mereceu guarida com a sentença monocrática, vulnera a cláusula prevista na alínea *c* do item 2 da partilha dos bens do casal, com o argumento de ser potestativa.

Dissecando-se a cláusula em torno da qual gravita a controvérsia, evidencia-se:

a) a casa que tocou à separanda não será disponível para sua residência;

b) estará ela obrigada a vendê-la a terceiro, caso o apelante, em seis meses, não tenha condições de pagar o preço do comércio imobiliário ou lhe oferecer outro imóvel do mesmo tipo, qualidade e valor;

c) por esse tempo, seis meses, sem qualquer ônus, ficará o apelante residindo no imóvel, como solteiro.

À evidência, trata-se de cláusula potestativa.

As três condições, expressas de modo formal e inequívoco, dependem única e exclusivamente do mero arbítrio do apelante, que tem interesse no negócio jurídico.

Morar seis meses no imóvel sem ônus; ficar a apelada à sua mercê; de que tenha condições para pagar-lhe o preço pelo imóvel do comércio imobiliário ou dar-lhe outro do mesmo tipo e qualidade e valor.

Ora, a cláusula potestativa pura, entendida pela doutrina e pela jurisprudência, como aquela em que o acontecimento depende do mero arbítrio de uma das partes, é defesa. Torna inoperante a convenção que as contiver.

Destarte, de inteira e absoluta aplicação à espécie *sub judice* o art. 115 do Código Civil, segunda parte:

"... entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao ar-

bítrio de uma das partes".

Inequivocamente, todos os efeitos do ato de partilha foram privados à apelada, e estão sujeitos ao arbítrio do ora apelante. Não podendo a apelada nele residir, nem alugá-lo, nem deixar de vendê-lo, porque a isto obrigada, caso o apelante não disponha de condições de pagar o preço de comércio do imóvel ou dar-lhe outro do mesmo tipo, qualidade e valor, enquanto se assegura ao apelante o direito de morar como solteiro, transcende para o arbítrio, priva a apelada de todo o efeito, o ato da partilha, isto é, divisão do patrimônio do casal.

Em última análise, a apelada encontra-se tolhida do exercício do direito de propriedade, posto que não tem o uso, não tem o gozo e não tem disposição do bem.

Observa-se, por fim, que não poderá existir prova mais eloquente, dispensando-se qualquer outra, da coação sofrida pela apelada quando da assinatura da vestibular da sua separação judicial consensual e do termo de ratificação de fls. 12/13 dos autos, malgrado o parecer ministerial de fl. 14 e sentença homologatória de fl. 15.

Por estas razões e por seus fundamentos, não abalados pelas razões da inconformidade, merece subsistir a sentença recorrida.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 27 de fevereiro de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Celina Reis – Relatora.

AÇÃO DE DEPÓSITO DE VEÍCULO, PRISÃO CIVIL.

Nenhum agravo comete o despacho que ordena a prisão civil daquele que, perante a justiça, compromete-se a guardar e zelar o bem cuja procedência se discute. Não se beneficia da excludente do art.

1.277 o depositário que admite seja a coisa depositada encontrada em mãos de terceiro, fora da sua vigência. A ação de depósito presta-se para punir depositário infiel.

Agr. de Inst. 350/89. Relator: Desa. CELSINA REIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 350/90, de Vitória da Conquista, em que são partes como agravante Terezinha Maria Santos Britto e agravado Paulo Roberto Santos Bastos.

Acordam os desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, e assim o fazem pelas seguintes razões.

Integra o presente o relatório de fls.

Como vimos, trata-se de agravo de instrumento contra despacho da doutora juíza de direito da Primeira Vara Cível de Vitória da Conquista que, nos autos da ação de depósito de veículo, decretou a prisão civil da depositária, ora agravante, quando o objeto do depósito foi apreendido pela polícia em mãos de Ariovaldo Murici Fernandes Filho.

Alega a agravante que adquiriu o veículo a preço de mercado, de boa fé, vistoriado pelo órgão competente, mas que, ao tentar transferi-lo para seu nome, foi informada de que se tratava de veículo de procedência duvidosa.

Para fazer valer seus direitos, propôs a ação de depósito, tendo-se-lhe conferido o encargo de depositária.

Como o veículo fora apreendido em Salvador, pela polícia, em mãos de terceiros, decretou-se-lhe a prisão.

Sua irresignação prende-se ainda porque se diz compradora de boa fé, trabalhadora, de bons antecedentes, enfim, vítima de injustiça porque nos autos não existe fundamento legal para o despacho agravado.

Exsurge dos autos que o veículo objeto da medida cautelar e que foi entregue à agravante, como depositária, é de procedência ilícita – furto ou roubo –, adquirido através de receptação dolosa, confessada pelo esposo da agravante, como se vê dos termos da declaração prestada à autoridade policial na oportunidade da apreensão do veículo.

“Que realmente o interrogado sabia da origem criminosa do veículo, porém, mesmo assim, adquiriu e para garantir a posse do veículo contratou o advogado Dr. Marco Antônio Carvalho Brito, pagando-lhe Cr\$200.000,00 (duzentos mil cruzeiros na época), quase a metade do preço do veículo, e este entrou com uma petição, e para que o interrogado não fosse nomeado depositário do veículo, a medida cautelar de ação de depósito de veículo foi concedida pela Dra. Nadya de Carvalho Esteves, juíza de direito da 1^a Vara Cível da comarca de Vitória da Conquista, e o depósito foi feito em nome da esposa do interrogado, Terezinha Maria Santos Brito, em 08.07.87, um mês após a compra do veículo. Declara ainda que o veículo fora adquirido em mãos de um outro puxador de carros – Galdino Oliveira Costa Filho, ao preço de Cr\$500.000,00”.

Consta ainda dos autos que as adulterações são tão profundas que a perícia não pode alcançar seu primitivo dono.

Assim, outra não poderia ser a conduta da magistrada, senão a consignada no despacho agravado, porque a ação de depósito presta-se para punir depositário infiel.

E nem se diga que a coisa depositada fora furtada, o que exoneraria a agravante de responsabilidade a teor do art. 1.277 do Código Civil. Este caso não é precisamente aquele em que o depositário não tenha concorrido com parcela de culpa, por ação ou omissão, para que o carro fosse encontrado em mãos de terceiro, visto que o terceiro é o próprio marido da agravante (comprovante nos autos) e só se apresentou como tal, perante a autoridade policial, para impe-

dir a apreensão do veículo. Na ação cível, a agravante declarou-se solteira.

Do exposto, negou-se provimento ao agravo, recomendando-se que a doutora juíza dê conhecimento desta decisão ao representante do Ministério Público daquela comarca, para instauração da competente ação penal contra a agravante.

Sala das Sessões, 17 de abril de 1991. Paulo Furtado - Presidente. Celina Reis - Relatora.

ALIENAÇÃO EM FRAUDE À EXECUÇÃO. ADJUDICAÇÃO E IMISSÃO DE POSSE EM FAVOR DO EXEQÜENTE. INDEFERIMENTO DA SEGURANÇA.

Em casos de fraude à execução, não há cuidar-se de boa ou má-fé do adquirente, bastando a existência de execução contra o alienante e que o bem alienado esteja vinculado a uma medida judicial constitutiva, como a penhora, ainda que não inscrita no registro imobiliário, para que se caracterize a fraude, independentemente de qualquer outra prova. Transitada em julgado a sentença de adjudicação, está o adjudicante habilitado a pedir ao juiz a entrega do bem, mediante simples petição e nos próprios autos da execução, independentemente de qualquer ação distinta. Não demonstrada a alegada violação a direito líquido e certo do impetrante, nega-se a segurança, cassada a medida liminar.

Mand. de Seg. 28/90. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 28/90, de Itacaré, em que figuram como impetrante e impetrada, respectivamente,

Armando Jesus da Silva e a Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da comarca.

Acordam os desembargadores componentes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar a segurança, cassada a medida liminar, e o fazem pelas razões seguintes:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Armando Jesus da Silva contra ato da doutora juíza de direito da Vara Cível da comarca, que autorizara imissão de posse em favor do litisconsorte, Dalmar Martins Cordeiro sobre o imóvel Retiro Novo, que, segundo o impetrante, pertence-lhe, por compra que fizera a Ailton Ernesto da Silva, executado na ação que lhe moveu o citado litisconsorte.

Aduzindo a ilegalidade do ato impugnado, obteve o impetrante a concessão da medida liminar, tendo sido prestadas as informações pela impetrada, integrando-se à lide o litisconsorte passivo.

Colheu-se parecer do Ministério Público, que opinou pelo indeferimento da segurança, incluindo-se o feito em pauta para julgamento.

É o relatório.

Colhe-se dos autos que dita imissão de posse foi deferida na execução proposta por Dalmar Martins Cordeiro contra Ailton Ernesto da Silva para a cobrança de débito garantido por nota promissória de emissão do mesmo, cujo processo teve curso regular com penhora, avaliação e praça do bem, esta anulada em incidente processual, mas convalidada por decisão do Tribunal, através de mandado de segurança noticiado às fls. 64 a 69, de que resultou a expedição de carta de adjudicação em favor do exeqüente, ora litisconsorte, Dalmar Martins Cordeiro, e a consequente imissão de posse, que é agora impugnada.

Como se observa dos autos, não há dúvida quanto à aquisição do imóvel questionado pelo impetrante a Ailton Ernesto da Silva, executado na ação que lhe propôs o ora litisconsorte, Dalmar

Martins Cordeiro.

Ocorre, porém, que a transação realizada deu-se em dezembro de 1986, nos termos da respectiva escritura de compra-e-venda do imóvel questionado, de fl. 11, quando já em curso estava a execução, proposta que foi esta em 1980, com penhora e depósito feito em 1983, como se constata à fl. 76.

Evidentemente, tal expediente do vendedor considera-se como fraude à execução, sendo ineficaz a alienação feita em relação ao exequente, por quanto estava o imóvel litigioso sujeito à execução, nos termos do art. 592, V, do Código de Processo Civil.

E não se argumente que, no caso, não houve inscrição da penhora, de que resultaria a boa fé do adquirente-impretrante e a validade da alienação.

Saliente-se, no particular, que a jurisprudência dominante é no sentido de que, em casos de fraude à execução, não há cuidar-se de boa ou má fé do adquirente, bastando a existência de execução contra o alienante e que o bem alienado esteja vinculado a uma medida judicial constitutiva, como a penhora, ainda que não inscrita no registro imobiliário, para que se caracterize a fraude, independentemente de qualquer outra prova.

Na esteira desse entendimento são os seguintes arestos:

“Inscrita ou não a penhora, é absolutamente ineficaz a alienação do bem com o vínculo processual da penhora” (ac. do 1º grau de Câms. do TJ-SP, de 05.06.84, no AR 34.294-1, rel.-des. Octavio Stucchi; *ADCOAS* 1985, n. 102.613).

“É ineficaz a alienação se, ao tempo em que se realizou, corria contra o alienante processo de execução, com penhora incidente sobre a coisa alienada, sendo irrelevante a circunstância de não estar a penhora inscrita no registro imobiliário” (ac. unân. da 16ª Câm. do TJ-SP, de 07.03.84, na ap. 65.766-2, rel.-des. Mariz de Oliveira; Alexandre de Paula, *Cód. Proc. Civil Anotado*, ed. Rev. Trib., 4. ed., v. 3, p. 593).

Da mesma opinião é o desembargador Paulo Furtado, como bem realça em

seu livro *Execução*, Ed. Saraiva, 1985, p. 88:

“Lembra com propriedade Theodoro Junior que, inexistindo prévia sujeição do bem à execução, para configurar-se a fraude, deverá o credor demonstrar o *eventus damni*, ou seja, a insolvência decorrente da alienação ou oneração; mas, se houver alguma vinculação do bem ao processo (por força, a exemplo, de penhora, arresto ou seqüestro), a caracterização da fraude independe de mais provas. Basta a comprovação da alienação ou oneração, ainda que a penhora, v.g., não esteja inscrita. A situação do adquirente ou daquele em cujo favor se operou a oneração do bem resolver-se-á por intermédio dos embargos de terceiro ou de ação regressiva contra o devedor”.

E acrescenta o citado autor à fl. 209:

“Discute-se sobre se, recaindo a penhora em bem imóvel, é necessário proceder-se à sua inscrição no Registro Imobiliário, para comprovação objetiva de fraude à execução. Sérgio Fadel, embora recomendando a providência, reconhece que não é prevista em lei, contendo apenas utilidade prática. Theodoro Júnior confirma a desnecessidade da inscrição, para que se repute a alienação do objeto da penhora como feita em fraude de execução, porque a penhora não traz a indisponibilidade dos bens apreendidos. Mas torna ineficaz, perante o processo, qualquer ato de disposição praticado pelo devedor que desrespeite a constrição. E essa ineficácia decorre da própria penhora, que é ato público e solene, e não de sua inscrição no Registro Imobiliário, como ressalta Pontes de Miranda. A inscrição, aliás, nem é formalidade obrigatória. Seu fim é apenas dar eficácia *erga omnes* ao gravame nas sucessivas alienações o bem penhorado, após o ato de disposição do executado”. Enfim, arremata o autor. “Desnecessária é, portanto, a inscrição da penhora no registro competente (e nesse sentido há decisão do Conselho Superior da Magistratura do TJ-SP, ac. unân. de 26.08.76, ap. 253.522, rel.-des.

Acácio Rebouças, *RJTS-SP*, 43:404, apud Alexandre de Paula, *O processo civil à luz da jurisprudência*, Forense, 1984, p. 335, n. 12.713; e, ainda, ac. do STF, RE 83.515, rel.-min. Cordeiro Guerra, ac. de 21.09.76, *RTJ* 79:621; e, no mesmo sentido, *TJ-SP*, ap. 251.098, ac. de 02.12.76, *RT* 508:72, estes últimos noticiados na obra de Humberto Theodoro Júnior, *Processo de execução*, cit., p. 158). Conquanto desnecessária, porém, não é defesa; ao contrário, é útil, e poderá fazer-se mediante expedição de mandado judicial requerido pelo exequente, ou de simples certidão do auto de penhora, passada pelo cartório”.

De tudo resulta evidenciado, pois que o ato impugnado da imissão de posse, no caso, não violou qualquer direito do impetrante, certo que, segundo a doutrina e a jurisprudência, transitada em julgado a sentença de adjudicação, está o adjudicante habilitado a pedir ao juízo a entrega do bem mediante simples petição e nos próprios autos de execução, independentemente de qualquer ação distinta.

Nessas condições, porque não demonstrada a alegada violação a direito líquido e certo do impetrante, de conformidade com o parecer do Ministério Público, nega-se a segurança, cassada a medida liminar.

Sala das Sessões, 12 de junho de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Roberio Braga – Relator.

CONCUBINATO. SOCIEDADE DE FATO. INDENIZAÇÃO. PARTILHA E INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. O ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal vigente, segundo o qual, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de-

vendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, não deita reflexos sobre a exegese consagrada nos pretórios sobre o concubinato e suas consequências patrimoniais. Persiste, af, a imperiosa distinção entre a situação da mulher, que efetivamente contribuiu com trabalho pessoal para a formação do patrimônio e a daquela que ao companheiro prestou serviço doméstico. No primeiro caso, é razoável estabelecer a partilha em meação, enquanto no segundo, o direito da mulher há de restringir-se à retribuição devida pelo serviço doméstico efetivamente prestado. É pois equívoco sustentar que a indenização à concubina corresponderá sempre à metade do patrimônio apurável à época da dissolução da sociedade.

Ap. Cív. 820/90. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 820/90, de Feira de Santana, em que são partes, como apelante, Inocência Francisca de Assis e, como apelado, Fraterno Eliziário 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.

Como evidenciado pelo relatório, entende a apelante que a sentença estaria divorciada da prova colhida em instrução e, juridicamente, teria consagrado exegese ultrapassada, desprezando a regra do art. 226, § 3º, da vigente Carta Magna.

Segundo salientado, o pedido único da apelante, concubina do recorrido, esgota-se na pretensão de lhe reconhecer a Justiça o direito à meação dos bens constitutivos do patrimônio do companheiro.

Da decisão hostilizada cumpre evi-

denciar o seguinte: "A existência do concubinato é fato não controverso, posto que o réu não nega a relação havida entre ele e a autora, restando apenas ser provado o fato de a autora ter participado na constituição do patrimônio posto em nome do réu. – Pela prova documental e testemunhal produzida nos autos, restou provado que a autora não exercia atividade remunerada e que não teve qualquer participação na constituição do patrimônio do réu. – A própria autora, no seu depoimento, ratifica todos os fatos narrados pelo réu na sua contestação, concluindo por dizer que na 'época em que permaneceu na fazenda São João não desenvolveu qualquer atividade produtiva, além dos afazeres domésticos, porque o réu tinha muitos empregados...' – com efeito, a autora, em momento algum, nem as suas testemunhas durante a instrução, asseverou que houve participação da mesma na aquisição do patrimônio do réu. Pelas declarações prestadas no inventário dos bens deixados por morte da mulher do réu, observa-se que a grande maioria do patrimônio foi adquirida por herança havida pela *de cuius* – ... Oportuno, ainda, salientar que a autora requereu apenas a meação do patrimônio e deixou de formular pedido alternativo de remuneração por serviços prestados, o que ainda poderá fazê-lo, tendo em vista que o seu caso enquadra-se perfeitamente na hipótese ventilada" (fls. 100/101).

Integram-se ao presente aresto, pela sua evidente propriedade, os argumentos expendidos pela douta Procuradoria de Justiça, às fls. 121/123.

A espécie tem sido reiteradamente apreciada pelos tribunais, e esta mesma Câmara, inúmeras vezes, em casos idênticos, proclamou o entendimento esparsado pela sentença.

Aduz, contudo, a apelante, como dado novo, que o concubinato, a teor do disposto no art. 226, § 3º, da nova Constituição Federal, teria, a partir daí, o condão de impor a partilha do patrimônio dos concubinos, em meação.

A interpretação, *data venia*, é equi-

voca.

Dispõe a norma constitucional mencionada que, "... para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Tira-se, daí, portanto, que efeitos jurídicos são agora atribuídos ao concubinato, mas daí não se tira, absolutamente, que um desses efeitos é, necessariamente, a partilha do patrimônio entre os companheiros, como regra absoluta, tanto mais porque o agasalho desta interpretação, de forma radical, poderia conduzir – e, certamente, na maior parte dos casos a tanto levaria – à consagração do enriquecimento ilícito, ou sem causa.

A norma constitucional referida não deita reflexos sobre a exegese consagrada nos pretórios sobre o concubinato e suas consequências patrimoniais. Persiste, aí, a imperiosa distinção entre a situação da mulher que, efetivamente, contribuiu com trabalho pessoal para a formação do patrimônio e à daquela que ao companheiro prestou serviço doméstico. No primeiro caso, é razoável estabelecer a partilha em meação, enquanto, no segundo, o direito da mulher há de restringir-se à retribuição devida pelo serviço doméstico efetivamente prestado. É, pois, equívoco sustentar que a indenização à concubina corresponderá sempre à metade do patrimônio apurável à época da dissolução da sociedade. Este foi, precisamente, o entendimento esposado por esta mesma egrégia câmara, ao julgamento da apelação cível 352/86, de Macarani, em acórdão unânime de 5 de novembro de 1986, de que foi relator o signatário. E esta é, seguramente, a solução que se impõe, também, no caso *sub judice*.

A sentença merece integral chancela, por estes, como pelos seus próprios fundamentos.

Nega-se provimento ao apelo.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 13 de março de 1991.
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ANISTIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPROVIMENTO.

Não manifestada pelo banco qualquer irresignação contra o despacho que, definindo pelo julgamento antecipado da lide, obscura demonstrar que o mutuário dispunha de meios para pagamento do débito, cujo ônus da prova lhe incumbia, não se tem por configurado cerceamento de defesa.

Ap. Cív. 11/91. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 11/91, de Santo Antônio de Jesus, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Banco Econômico S/A e Zézido Bitencourt Nery.

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 o fazem pelas razões seguintes:

Conforme evidenciado pelo relatório, cuida-se de ação de consignação em pagamento, em que o autor pretende efetuar o depósito do valor do débito sem a correção monetária, objetivando extinguir a obrigação, à alegação de recusa injustificada do credor em receber, fundada a ação no fato da inadmissibilidade da cobrança daquela parcela nos empréstimos concedidos sob a vigência do Plano Cruzado, nos termos do art. 47, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Diz respeito à controvérsia, portanto, a chamada anistia da correção monetária nos empréstimos concedidos por bancos a mini, pequenos e médios produtores rurais.

Efetivamente, dispõe o citado preceito constitucional que:

“Na liquidação dos débitos, inclusive suas renegociações e composi-

ções posteriores, ainda que ajuizadas, decorrentes de quaisquer empréstimos concedidos por bancos e por instituições financeiras, não existirá correção monetária desde que o empréstimo tenha sido concedido: II – aos mini, pequenos e médios produtores rurais no período de 28 de fevereiro de 1986 a 31 de dezembro de 1987, desde que relativos a crédito rural”.

Por seu turno, verifica-se que o § 3º do mencionado dispositivo, em seus incisos I, II III e V, já que o inc. IV refere-se a micro e pequenos empresários, estabelece condições para que possa o mutuário beneficiar-se da isenção da correção sobre os empréstimos que foram concedidos na vigência do Plano Cruzado, encontrando-se entre elas a prevista no inc. III, que prescreve:

“Se não for demonstrado pela instituição credora que o mutuário dispõe de meios para o pagamento do seu débito, excluídos desta demonstração seu estabelecimento, a casa de moradia e os instrumentos de trabalho e produção”.

Como se observa, a norma constitucional sobre a existência da correção monetária na liquidação dos débitos decorrentes de empréstimos bancários aos mini, pequenos e médios produtores é tão explícita quanto a indisponibilidade, pelo mutuário, de meios para o pagamento de seu débito, que a espécie dispensa maiores comentários.

Evidentemente, como se vê dos termos do citado dispositivo constitucional, compete à instituição credora o ônus da prova de que o mutuário dispõe de meios para a liquidação do seu débito, excluindo-se, aí,

“seu estabelecimento, a casa de moradia e os instrumentos de trabalho e produção”.

Ora, no caso, o apelante não se desincumbiu satisfatoriamente desse encargo, já que não produziu qualquer prova nesse sentido, nem sequer se insurgiu contra o despacho que definiu pelo julgamento antecipado, com a interposição de agravo de instrumento,

como alegara, o que se evidencia do teor da certidão de fl. 27v.

Assim sendo, preclusa restou a matéria, por quanto não manifestada pelo banco qualquer irresignação contra o despacho que, definindo pelo julgamento antecipado da lide, obstara demonstrar que o mutuário dispunha de meios para pagamento do débito, cujo ônus da prova lhe incumbia, não se tendo por configurado nenhum cerceamento de defesa.

Por tais razões, merece ser confirmada a sentença, por estes como por seus próprios fundamentos.

Nega-se provimento à apelação.

Sala das Sessões, 12 de junho de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Róbélio Braga – Relator.

DESPEJO. RETOMADA PARA USO DE FILHO ADOTIVO. VIABILIDADE.

Em face da regra consagrada no art. 227, § 6º, da Constituição Federal vigente, os filhos adotivos têm, em relação aos demais, havidos ou não da relação do casamento, os mesmos direitos e qualificações. Assim, equiparado hoje ao filho de sangue, o adotivo não tem mais o seu parentesco limitado ao pai, senão que estendido a todos os parentes deste. Instituída, pois, a paridade de direitos entre os filhos, inquestionável – porque legítima – a viabilidade da retomada, para uso de filho adotivo, do imóvel locado, à luz do art. 52, III, da Lei do Inquilinato.

Ap. Cív. 365/91. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 365/91, da Capital, em que são partes, como apelante, Ismael Pinho Tosta Filho e, como apela-

do, Manuel Cima Duran.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, rejeitada a preliminar de cerceio de defesa, que conduziria à nulidade do feito, no mérito, em negar provimento ao recurso, e o fazem pelas razões seguintes:

Conquanto não agitada sob a forma de preliminar, como tal deve ser apreciada a alegação de cerceio de defesa – que levaria à decretação da nulidade do processo. É que não se dera “vistas” ao recorrente dos documentos acostados às fls. 36/40 dos autos, na forma alvitrada pelo art. 298 do Código de Processo Civil.

Não prospera, *data venia*, o argumento.

Efetivamente, não foi observada a melhor técnica processual a respeito. Contudo, remansosa é a jurisprudência em torno da espécie, sobre não constituir nulidade a decretar-se o fato dessa omissão, se os documentos não influíram, de nenhuma forma, no deslinde da controvérsia. Inúmeros são os arestos nesse sentido, ilustrando-se com o seguinte: “Se a sentença não se estriba no documento oferecido pela parte, a falta de audiência do outro litigante não acarreta nulidade” (ac. unân. da 3ª Câm. do TJ-MG, de 17.04.75, na ap. 41.679, rel.-des. Monteiro Ferraz; *in Jurisp. Minneira*, v. 62, p. 119).

No caso *sub judice*, não se esteiou a decisão nos documentos referidos, daí a inocorrência, consoante o assentamento pretoriano específico, de nulidade a declarar.

Rejeita-se a preliminar, a tais motivos.

No mérito, melhor sorte não merece o apelo.

Em primeiro lugar, cumpre salientar o fato de que a circunstância da filiação adotiva em nada torna ilegítima a pretensão do autor-apelado.

Em face da regra consagrada no art. 227, § 6º, da Constituição Federal vigente, os filhos adotivos têm, em rela-

ção aos demais, havidos ou não da relação do casamento, os mesmos direitos e qualificações. Assim, equiparado hoje ao filho de sangue, o adotivo não tem mais o seu parentesco limitado ao pai, senão que estendido a todos os parentes deste, conforme lição de Pedro Sampaio (*apud Alterações Constitucionais nos Direitos de Família e Sucessões*, Forense, 1990, p. 35). Instituída, pois, a paridade de direitos entre os filhos, inquestionável — porque legítima — a viabilidade da retomada, para uso do filho adotivo, do imóvel locado, à luz do art. 52, III, da Lei do Inquilinato.

Por outro lado, nenhum amparo jurídico encontra a tese do apelante, sobre a indispensabilidade da prova da necessidade, quando o filho do retomante já ocupe outro imóvel de propriedade deste. Não comprovado, pelo locatário, o abuso no exercício do direito de escolha (e o ônus por este há de ser suportado), cumpre reconhecer a incidência da presunção de sinceridade do pleito. Até porque se aplicam, também na espécie, as normas dos arts. 39 e 45, IV, da Lei 6.649/79, sobre as sanções civis e criminais para a hipótese de não usar o retomante o prédio para o fim declarado, dentro dos prazos que indicam.

A sentença hostilizada apreciou com acerto a questão, reclamando chancela integral, não apenas por estes, como pelos seus próprios fundamentos.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 26 de junho de 1991.
Paulo Furtado — Presidente e Relator.

DESPEJO. USO PRÓPRIO POR NECESSIDADE COMPROVADA. NULIDADE DA SENTENÇA.

É nula a sentença, se o juiz, apreciando de ofício matéria de mérito pertinente à questão da exigibilidade da prova de domínio do imóvel locado, extingue o feito por ca-

rência de ação, em vez de julgá-lo improcedente, assim ocorrendo, porém, quando a espécie, como no caso, não comporta o necessário ajuste técnico para confirmá-la, tendo em vista versar sobre retomada para uso próprio, por necessidade comprovada, em que a apreciação da questão da sinceridade do pedido, que é também de mérito, importaria em suprimir-se uma instância.

Ap. Cív. 75/91. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 75/91, da Capital, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Maria Felicíssima Xavier de Castro Carneiro e Flávio Clamer.

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 decretar a nulidade da sentença, para que outra, quanto ao mérito, seja proferida, e o fazem pelas razões seguintes:

Como visto, trata-se de retomada para uso próprio, julgada extinta a ação por decretação de carência, com fundamento em que seria indispensável a comprovação de domínio do imóvel locado.

Embora não alegada como preliminar, suscita a apelante matéria relativa à nulidade da sentença, com fundamento em ter-se decidido fora dos limites do pedido.

A matéria, entretanto, dispensa apreciação, posto que configurada a nulidade da sentença por outro fundamento.

É que, no caso, o juiz, apreciando matéria de mérito pertinente à questão da exigibilidade da prova de domínio do imóvel locado, extinguiu o feito por carência de ação, em vez de julgá-lo improcedente, ocorrendo, todavia, que a espécie não comporta o necessário

ajuste técnico para confirmá-la, tendo em vista versar sobre retomada para uso próprio, por necessidade comprovada, em que a apreciação da questão da sinceridade do pedido, que é também de mérito, importaria em suprimir-se uma instância.

De fato, segundo pacífica orientação da jurisprudência, dúvida não há quanto à desnecessidade da prova de domínio do imóvel locado nesse tipo de retomada, suficiente que é a prova da relação locatícia, por ser de natureza pessoal e não real a ação de despejo.

Ora, versando a hipótese sobre retomada prevista no art. 52, V, da Lei 6.649, em que o locador reside em prédio próprio e não em prédio alheio, daí por que a exigência da comprovação da necessidade, a apreciação desta matéria pelo *ad quem* configuraria, sem dúvida, como afirmado, expressa violação ao duplo grau de jurisdição, já que não foi ela examinada e decidida pela sentença.

Assim, considerando tratar-se de matéria de ordem pública, conhecível, portanto, de ofício, impõe-se decretar a nulidade da sentença, para que outra, quanto ao mérito, seja proferida.

Sala das Sessões, 24 de abril de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Roberio Braga – Relator.

EMBARGOS DE TERCEIROS. LINHA TELEFÔNICA. IMPROVIMENTO.

A penhora de bens de sócio, na execução promovida contra a sociedade de que participa, só o qualifica como parte se interveio no feito como representante da executada, caso em que não pode defender a posse e propriedade de seus bens por meio de embargos de terceiros, e sim mediante embargos à execução. O assinante de linha telefônica não é legítimo possuidor da linha e sim mero usuário dela.

Ap. Cív. 67/90. Relator: Des. ROBERTO BRAGA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 67/90, da Capital, em que figuram como apelante e apelada, respectivamente, Gilson Roberto Alves de Oliveira e Estofados Primor Ltda.

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 de não-conhecimento, no mérito, em negar provimento à apelação, e o fazem pelas razões seguintes:

Impõe-se, de início, a análise da preliminar de não-conhecimento do apelo, suscitada pela apelada, com fundamento na falta de capacidade postulatória, em face da irregularidade de representação do apelante, por ter sido anexada aos autos fotocópia não autenticada da procuração que outorgara ao seu procurador, de que decorreria a nulidade do processo.

Em verdade, infere-se do art. 365, do Código de Processo Civil, que a reprodução de documento só faz a mesma prova que o original quando autenticada por oficial público, ou conferida em cartório com o respectivo original.

A rigor, a hipótese ensejaria apenas a ineficácia dos atos praticados, mas não a sua nulidade, dado à possibilidade de ratificação, sanando-se a irregularidade na forma do art. 13 do Código de Processo Civil, o que, todavia, não foi determinado pelo juiz.

Assim, no caso, a fotocópia da procuração, embora não autenticada, não configuraria a falta de capacidade postulatória, não acarretando, portanto, a ineficácia dos atos praticados.

De fato, cuidando-se de irregularidade sanável, por força da qual os atos praticados pelo mandatário se fazem imperfeitos, mas não nulos, é evidente que, embora imperfeitos, produzem efeitos, posto que eficazes, até que, após pronunciamento judicial, mereçam sanção de nulidade.

A propósito, ressalte-se que o art. 244 do Código de Processo Civil é incisivo no particular, ao proclamar que, não havendo cominação de nulidade, deve o ato ser considerado válido, se dele não resultou prejuízo para a outra parte.

É certamente a hipótese dos autos, em que sequer foi levantada dúvida quanto à autenticidade da assinatura do outorgante constante da fotocópia citada.

Inexistindo, pois, prejuízo, evidente que inexiste nulidade, ainda mais quando, como no caso, o juiz, desatento à regra do art. 13 do Código de Processo Civil, não fixou prazo para a sanação da irregularidade.

Saliente-se, por outro lado, que, de outro modo se entendesse, mesmo assim não ensejaria a decretação de nulidade, por configurada a hipótese prevista no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil. É que a decisão de mérito, na espécie, é favorável à exequente, ou seja, à apelada, a quem aproveitaria a declaração de nulidade.

Daí por que rejeita-se a preliminar de não-conhecimento do apelo.

No mérito, como dito, a decisão só pode ser favorável à apelada, impondo-se, assim, o improviso do recurso.

Com efeito, como salientado pelo juiz, "o embargante não é estranho à relação processual, desde quando requereu nomeação de bens à penhora representando a firma executada..."

Assim, não resta dúvida que o embargante, apesar de ter declarado ser a executada firma individual, o que efetivamente não comprovou, é mesmo parte na execução, como se evidencia dos autos, posto que sócio da firma executada. E, como parte, já que não embargou a execução, não pode oferecer embargos de terceiros, visto que não caracterizada, na hipótese, a ressalva prevista pelo art. 1.046, § 2º, do Código de Processo Civil.

É que a penhora de bens de sócio, na execução promovida contra a sociedade de que participa, só o qualifica co-

mo parte se interveio no feito como representante da executada, caso em que não pode defender a posse e propriedade de seus bens por meio de embargos de terceiros, e sim mediante embargos à execução.

De outra parte, os embargos ainda se mostram inviáveis, porque, no caso, em sendo o bem penhorado uma linha telefônica, não ostenta o embargante sua condição de possuidor ou proprietário dela, no sentido técnico-jurídico do termo.

Com efeito, observa Caio Mário da Silva Pereira que só "podem ser objeto da proteção possessória, na verdade, tanto as coisas corpóreas quanto os bens incorpóreos ou os direitos, mas, sendo a posse a visibilidade do domínio, os direitos susceptíveis de posse hão de ser aqueles sobre os quais é possível exercer um poder ou um atributo dominial, como se dá com a enfeiteuse, as servidões, o penhor. Não os outros, que deverão procurar medidas judiciais adequadas à sua proteção" (*Instituição de Direito Civil*, 4.ed. Forense, v.4/20).

Por seu turno, Washington de Barros Monteiro assinala que "os interditos não constituem meio hábil para garantir a permanência de determinada ligação telefônica" (*Curso de Direito Civil*, 9.ed., Saraiva, v. 3/26).

Na espécie, pois, não se pode afirmar que o embargante seja possuidor da linha telefônica, mas apenas que teria direito de uso do serviço telefônico, o que, juridicamente, é coisa diversa de posse, como pacífico é na jurisprudência, segundo o entendimento de que o assinante não é legítimo possuidor da linha e sim mero usuário dela.

Nessas condições, mantida a decisão que rejeitou os embargos, nega-se provimento à apelação.

Sala das Sessões, 13 de março de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Roberio Braga – Relator.

EXECUÇÃO. NULIDADE DE CITAÇÃO. LIQUIDEZ DO TÍTULO. IMPROVIMENTO.

Considerando que os embargos à execução funcionam como autêntica ação de conhecimento, e não apenas como defesa, não tem aplicação o disposto no art. 285, segunda parte, do Código de Processo Civil, visto que o executado é citado para pagar ou nomear bens à penhora e não para apresentar defesa. Os acréscimos que podem ser apurados mediante simples cálculo aritmético, como correção monetária e juros, não retiram a liquidez e certeza do débito reclamado na execução.

Ap. Cív. 502/90. Relator: Des. ROBÉRIO BRAGA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 502/90, de Jequié, em que são partes, como apelante, Edelzita Duarte Muniz Ferreira, curadora de Edson Muniz Ferreira, e, como apelado, Maxuell Santana Santos, representado por sua genitora, Jovelina Santana 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., rejeitadas as preliminares, no mérito, em negar provimento ao apelo, e o fazem pelas razões seguintes:

Cuida-se de embargos à execução, julgados improcedentes.

Como evidenciado pelo relatório, reiterou o apelante preliminar de nulidade da citação, e o apelado, a de ilegitimidade ativa *ad causam* e de falta de capacidade de postulatária do embargante-apelante.

Com efeito, não procede a preliminar arguída pelo apelante.

Como decidido com acerto pelo juiz, inocorre nulidade de citação, em execução, por falta da advertência, no mandado, da presunção de veracidade

dos fatos alegados, se não forem contestados.

Em verdade, considerando que os embargos à execução funcionam como autêntica ação de conhecimento, e não apenas como defesa, não tem aplicação o disposto no art. 285, segunda parte, do Código de Processo Civil, visto que o executado é citado para pagar ou nomear bens à penhora e não para apresentar defesa, impugnando os fatos articulados pelo autor.

Como assinalado pelo duto parecer do Ministério Pùblico, vale transcrita a lição do desembargador Paulo Furtado, a respeito do assunto:

“Sob o argumento de que o devedor é citado, na execução, apenas para formar a relação processual, e não para contestar ou responder (caso em que não ocorrem os efeitos da revelia, inexistente em execução), já se decidiu, com reiteração, que em tal caso não se pode exigir, nem a advertência a que se refere o art. 285, do Código de Processo Civil, nem o prazo para a defesa. Aliás, rigorosamente, nem incidência teria a norma, porque os embargos não são, senão indiretamente, ‘defesa’, mas ‘ação’” (*Execução*, Saraiva, 1985, p. 288/289).

Ressalte-se, por outro lado, a regularidade da citação quanto às suas formalidades exigidas pelo art. 225 da lei processual, com a entrega de contrafé à curadora do executado, pelo que seriam até dispensáveis os requisitos previstos nos incs. I e II, relativos aos nomes das partes e finalidade do chamamento judicial, como ensina Moniz de Aragão, em *Comentários*, p. 217.

Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade.

Igualmente, não merece agasalho a preliminar de carência, levantada pelo apelado, porque, em verdade, a parte legítima no feito é Edson Muniz Ferreira, representado pela curadora Edelzita Duarte Muniz Ferreira, valendo observar que, na hipótese, esta participa da lide apenas como curadora e não como parte.

Como salientado pelo Ministério Público, "há inegavelmente uma improriedade de linguagem, porque o certo seria consignar que o interdito reside no feito representado por sua curadora".

Isto, porém, constitui mera irregularidade, que não chega a configurar a ilegitimidade de parte alegada.

Rejeita-se, pois, a preliminar de carência de ação.

A última preliminar, também argüida pelo apelado, diz respeito à falta de capacidade postulatória do apelante.

Também improcede esta preliminar.

Embora não constando dos autos o mandato outorgado pelo embargante-apelante, o que certamente estaria no processo principal, não é de decretar-se a nulidade apontada, por configurada a hipótese prevista no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil. É que a decisão de mérito, na espécie, como, aliás, decidido pelo juiz, é favorável ao embargado-apelado, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, posto que não inviabilizada pelo embargante a pretensão executória.

Assim sendo, deixando de pronunciar tal nulidade, rejeita-se a preliminar.

Ao exame da questão de mérito, bem se vê, como dito, que a decisão sobre a controvérsia só pode ser mesmo favorável ao apelado.

Em verdade, cuida-se, na espécie, de execução fundada em sentença, título judicial que, conforme se pode observar dos autos, é líquido, certo e exígivel, viabilizando a pretensão executória.

A propósito da liquidez, vale salientar que os acréscimos que podem ser apurados mediante simples cálculo aritmético, como correção monetária e juros, não tiram a liquidez e certeza do débito reclamado na execução. É o que ocorre na espécie.

Finalmente, não há falar, na hipótese, em incorreção ou erro do cálculo, constituindo-se mera alegação, posto que feita sem qualquer indicação dos pontos em que se teria verificado o feito apontado.

Indiscutível, pois, no caso, a improcedência dos embargos, não conduzindo,

assim, à desconstituição da execução ajuizada, como decidido com acerto pela decisão hostilizada.

Por tais razões, nega-se provimento à apelação.

Sala das Sessões, 19 de dezembro de 1990. Paulo Furtado – Presidente. Robério Braga – Relator.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

O advogado que presta serviço profissional, em caráter permanente, mediante remuneração, a uma empresa prestadora de serviços judiciais não tem direito aos honorários pagos, pela parte vencida, sobretudo quando dos autos consta um recibo de quitação expedido pela empresa de cobrança em favor da agravante.

Agr. de Inst. 13/91. Relator: Desa. CELSINA REIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 13/91, desta Capital, em que são partes como agravante Locadora Bonfim de Transportes e agravado Mário Fausto de Oliveira Filho.

Acordam os desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao agravo e assim o fazem pelas razões seguintes:

Integra o presente o relatório de fls.

Dou provimento ao agravo e justifico.

Ao meu sentir, rebarbativa para o deslinde do presente recurso, tenha o Dr. Mário Fausto de Oliveira Filho, ora agravado, praticado todos os atos no processo de execução, porque emerge, incontroversamente, que os praticou como advogado da Empresa Brasileira de Cobrança e Cia. Ltda., contratada pela agravante para propositura da referida execução 1.277 contra a Faec –

Fábrica de Equipamentos Comunitários.

Para constatação da assertiva, basta que se veja a inicial da execução assinada pelos Drs. Mário Fausto, ora agravante, e Gustavo Silva, oferecendo no rodapé da página como endereço profissional o da Empresa Brasileira de Cobrança, o mesmo fazendo quando da outorga da procura de fls. 17 a 18 e 19, respectivamente dos autos.

Prova mais o contrato o fato de ter sido feito o pagamento à agravada, Empresa Brasileira de Cobrança e Cia. Ltda., inclusive com a ressalva de se responsabilizar por qualquer reivindicação porventura pleiteada pelo Dr. Mário Fausto, ora o outro agravado.

À evidência. Fosse o ora agravado o Dr. Mário Fausto, advogado pessoalmente contratado pelo agravante, não haveria razão para ser o pagamento à outra agravada.

Das alegações de um e outro, finco a minha convicção de que o Dr. Mário Fausto, ora agravado, praticou os atos processuais na referida execução, como preposto da dita empresa, que, por sua vez, dá quitação à agravante, conforme documento nos autos à fl. 66, recibo também enfatizado com sua leitura, quando do relatório.

Da prova emerge que, indubitavelmente, a agravante contratou serviços profissionais não com o agravado, pessoalmente, mas com a empresa prestadora de serviços judiciais; vejam-se o instrumento procuratório e o recibo de fl. 66.

O advogado que presta serviço profissional, em caráter permanente, mediante a remuneração, seja qual for a forma, não tem direito aos honorários pagos, pela parte vencida, sobretudo quando dos autos consta um recibo de quitação expedido pela mesma empresa de cobrança, em favor da contratante ora agravante.

Assim, deu-se provimento ao agravio para considerar já efetuado o pagamento dos honorários devidos pelo agravante, tendo em vista o recibo de fl. 66.

Sala das Sessões do Tribunal de

Justiça da Bahia, 19 de junho de 1991.
Paulo Furtado - Presidente. Celsina Reis - Relatora.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. APRECIAÇÃO DA PROVA PELO JUIZ. INDÍCIOS E PRESUNÇÕES. COMPROVAÇÃO DA CONDUTA REPROVÁVEL DA MÃE DO INVESTIGANTE.

Na ação de investigação de paternidade, não se pode exigir do julgador a estrita observância dos métodos tradicionais de apreciação da prova. Aí goza o magistrado de maior arbítrio, dado à dificuldade de demonstração plena, cabal e absoluta do fato pesquisado. Os indícios e presunções assumem, quase sempre, caráter relevante no contexto da instrução, de modo que a soma de todas as circunstâncias é que deve conduzir à formação do convencimento. Já não ocorre assim em relação à prova da exceptio plurium concubentium, que há de ser definitiva, ou, por outra, cumpre atestar, de forma a não permitir dúvidas, a conduta reprovável da mãe do investigante no período da concepção.

Ap. Cív. 452/90. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 452/90, de Itamaraju, em que são partes, como apelante, Péricles Perciano Cipriano e, como apelado, Vagner Montes Novaís dos Santos, representado por sua genitora, Maria de Lurdes Novaís dos Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, rejeitada a preliminar de nulidade do processo, no mérito, em negar provimento ao apelo, e o

fazem pelas razões seguintes:

Entende o apelante, preliminarmente, deva o processo ser anulado, em virtude do cerceio de defesa que teria ocorrido com a não-realização da perícia hematológica requerida a tempo e a hora, e, inclusive, deferida quando lançado o saneador, de forma genérica: "Defiro as provas requeridas" (fl. 24v.).

Do quanto se colhe nos autos, intimado da audiência designada para 20 de outubro de 1988, a ela compareceu o demandado e seu patrono, permitindo que se iniciasse a instrução sem protestar pela anterior realização da prova pericial. Segundo os termos do art. 331 do Código de Processo Civil, no saneamento é que o juiz decide sobre a efetivação da prova pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos, procedendo-se após consenso recomendado pelo art. 421, § 1º, e seguintes, também do Código de Processo Civil. Na audiência, proceder-se-ia como registrado nos arts. 452 e seguintes, do diploma processual. Inobstante tudo isso, permaneceu o apelante absolutamente silente, inerte, diante da instrução iniciada e processada.

Se dúvidas alimentava, em face dos termos do saneamento, cumpria-lhe opor embargos declaratórios, para deixar patente que o juiz deferira, igualmente, a prova pericial. E se o juiz, ali, não nomeou o perito, no mínimo haveria omissão, autorizadora, ainda, dos embargos de declaração.

Integram-se, pela sua propriedade, como razões de decidir, no particular, as razões expendidas pelo Ministério Públíco, às fls. 108/109.

Operada a preclusão, sobre a espécie, impõe-se a rejeição da preliminar.

No mérito, melhor sorte não merece o recurso.

Adotam-se, ainda aqui, os pronunciamentos da dnota Procuradoria de Justiça, de fls. 109/110, com que calça sua conclusão pelo improviso do apelo.

A sentença analisou, detidamente, os testemunhos colhidos na fase proba-

tória, todos comprovando o namoro do apelante com a mãe do apelado, à época da concepção deste. Por outro lado, pretende o recorrente provar a *exceptio plurium concubentium* com o depoimento de um ex-namorado da mãe do autor, que afirma ter saído com ela algumas vezes, com o fim de manterem relações sexuais. Contudo, é a própria testemunha que se encarrega de gizar a diversidade de épocas.

Quanto à prova, conhecida é a posição dos tribunais a respeito. O Tribunal de Justiça de São Paulo assentou: "A ação de investigação de paternidade busca a certeza moral do vínculo de sangue e grau de parentesco. Certeza moral porque, pela sua natureza, não há como se afirmar sua certeza real, já que com toda a evolução genética não há meios para se concluir, sem erro, que o investigante é filho do investigado. Os fatos que envolvem um relacionamento, do qual decorre a suposta filiação, em regra não são demonstrados por via direta. Daí se socorrer o julgado dos indícios e circunstâncias que, concatenados, possam levá-lo àquela certeza moral" (ac. unân. da 4ª Câm. Cív., julg. em 03.09.87; ap. 88.548 – Capital, rel.-des. Alves Braga; *in ADCOAS*, 1988, n. 117.673). Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: "Nas ações de investigação de paternidade, é conferido ao magistrado, ao apreciar a prova, certo arbítrio, podendo socorrer-se de indícios e presunções que o levem a uma relativa certeza, resultante de um estado subjetivo de convicção. Havendo coincidência entre a gravidez e as relações sexuais da mãe com o investigando, de reconhecer-se a almejada paternidade" (ac. unân. da 3ª Câm. Cív. de 07.05.85, ap. 22.362 – Criciúma, rel.-des. May Filho; *in ADCOAS*, 1985, n. 104.862).

Dessa forma, na ação de investigação de paternidade, não se pode exigir do julgador a estrita observância dos métodos tradicionais de apreciação da prova. Aí goza o magistrado de maior arbítrio, dado à dificuldade de demonstração plena, cabal e absoluta do fato

pesquisado. Os indícios e presunções assumem, quase sempre, caráter relevante no contexto da instrução, de modo que a soma de todas as circunstâncias é que deve conduzir à formação do convencimento.

Já não corre assim em relação à prova da *exceptio plurium concubentium*, que há de ser definitiva, ou, por outra, cumpre atestar, de forma a não permitir dúvidas, a conduta reprovável da mãe do investigante no período da concepção.

Os autos, indubitavelmente, desenham contexto que milita em favor do autor. Outra não poderia ser a solução senão aquela alvitrada pela sentença, cuja chancela integral se impõe, por estes como pelos seus próprios fundamentos.

Nega-se provimento.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 13 de março de 1991.
Paulo Furtado - Presidente e Relator.

LOCAÇÃO. DESPEJO. PURGAÇÃO DA MORA. REABERTURA DE PRAZO.

A purgação da mora deve realizar-se no dia e hora designados pelo juiz, ciente o interessado através de regular intimação. Não havendo irregularidade na intimação, nada autoriza a reabertura do prazo para purgação da mora.

Ap. Cív. 667/90. Relator: Desa. CELSINA REIS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 667/90, da Capital, em que são partes como apelante Leonardo Ferreira Braga Filho e apelada Gleides Verônica Machado da Silva.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em ne-

gar provimento ao apelo, e assim o fazem pelas seguintes razões.

Integra o presente o relatório de fls.

Porque estabeleceria contrato de locação referentemente de nº 602 do Ed. Santa-Fé, sito na rua Oliveira Salazar, 142, nesta Capital, a apelada Gleides Verônica Machado da Silva promoveu ação de despejo por falta de pagamento contra o apelante Leonardo Ferreira Braga Filho, com fundamento no art. 52, I, da Lei 6.649/79.

Regularmente citado, o réu-apelante requereu a faculdade de purgar a mora, ante o disposto no art. 36 do mesmo diploma legal, o que lhe foi deferido, ao tempo em que se fez o levantamento do respectivo cálculo da dívida, mas, no dia aprazado para efetuar o pagamento, o apelante não compareceu em juízo, confirmando-se assim a alegação da autora.

Ratificada a impontualidade do suplicado, veio a sentença do primeiro grau, que julgou procedente a ação, com fundamento no já mencionado art. 52, I, da Lei 6.649/79, rescindiu o contrato locatício, decretou o despejo e condenou o apelante ao pagamento das custas iniciais e honorários advocatícios.

É contra essa decisão que se insurge o apelante, alegando inexistência de interstício legal, concernente ao dia do recebimento, ausência da citação da autora para receber os aluguéis, para, ao final, pedir a reforma do *decisum*, solicitando reabertura do prazo para purgar a mora.

Pugnando pela confirmação da sentença, a apelada afirma que, da data do pedido à realização da audiência, houve um espaço de 23 dias, superior, portanto, ao fixado no art. 36, § 1º, da lei inquilinária.

O apelo foi recebido, apenas, no efeito devolutivo.

Cuida-se de ação de despejo por falta de pagamento, em que o apelante pede reabertura do prazo para purgar a mora, porque entende não ter havido obediência aos preceitos legais, sobretudo ao prazo fixado no citado art. 36, §

1º, da lei inquilinária.

Evidentemente, tal argumento não pode prosperar. Consta dos autos o pedido de purgação em 6 de dezembro de 1989. Designou-se o dia 21 de dezembro desse mesmo ano para o respectivo recebimento, cuja publicação ocorreu em 28 de dezembro e, nesse mesmo dia, fez-se juntada da conta. Do dia do pedido ao designado para o apelante cumprir o que se propusera, medraram mais de 15 dias, pouco importando ao apelante tivesse sido a apelada citada para a mesma. Depositada a quantia em juízo, estariam resguardados os interesses de ambos.

A purgação da mora deve realizar-se no dia e hora designados pelo juiz, ciente a parte interessada através de regular intimação; esta, no caso, ocorreu no dia 28 de dezembro de 1989.

Aqui, nada autoriza reabertura de prazo para purgação da mora, porque não há irregularidade na intimação. Não aproveitando aquela oportunidade, impõe-se a decretação do despejo.

Não merecendo a sentença recorrida reparos, negou-se provimento à apelação.

Sala das Sessões, 17 de abril de 1991. Paulo Furtado – Presidente. Celso Reis – Relatora.

NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA. AÇÃO DE DESPEJO. INAPLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 806 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O disposto no art. 806 do Código de Processo Civil, relativamente ao prazo de eficácia da cautelar, é de aplicação restrita às medidas que impliquem constrição judicial. E nestas não se inclui a notificação premonitória para a ação de despejo, porque procedimento meramente conservativo (a exemplo dos protestos, interpelações e justificações). A jurisprudência nesse sentido é remansosa, trazendo-se à colação, por mera ilustração, o seguinte aresto do 1º TA-RJ: “A regra do art. 806 da lei processual diz respeito às medidas cautelares cuja concessão importa em provisória invasão ou ingerência.”

Ap. Cív. 359/91. Relator: Des. PAULO FURTADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 359/91, de Valença, em que são partes, como apelante, Josué dos Santos e, como apelada, Margarida do Amparo Almeida.

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 apelo, e o fazem pelas razões seguintes.

Como evidenciado pelo relatório, o inconformismo do recorrente se esteia em dois aspectos: 1º) não se teria provado a natureza da locação; e 2º) a notificação premonitória teria perdido sua eficácia, visto que somente após 32 dias da diligência fora a ação proposta (incidente o art. 806 do Código de Processo Civil, que prevê um prazo de 30 dias para a propositura da ação principal).

Nenhuma razão, *data venia*, assiste à parte apelante.

Em primeiro lugar, afirmando a autora o caráter não-residencial da locação (no imóvel locado fez o réu instalar uma barbearia – cf. sentença, à fl. 32), ao locatário cumpria elidir o registro. Com acerto, reconheceu o julgador que, ao apelante, incumbia esse ônus, à luz do art. 333, II, do Código de Processo Civil. E assim era efetivamente.

Em segundo lugar, o disposto no art. 806 do Código de Processo Civil, relativamente ao prazo de eficácia da cautelar, é de aplicação restrita às medidas que impliquem constrição judicial. E nestas não se inclui a notificação premonitória para a ação de despejo, porque procedimento meramente conservativo (a exemplo dos protestos, interpelações e justificações). A jurisprudência nesse sentido é remansosa, trazendo-se à colação, por mera ilustração, o seguinte aresto do 1º TA-RJ: “A regra do art. 806 da lei processual diz respeito às medidas cautelares cuja concessão importa em provisória invasão ou ingerência.”

cia na esfera jurídica do requerido, em virtude de ato judicial constitutivo ou de restrição à liberdade de quem lhe sofre os efeitos, o que não ocorre, evidentemente, com a notificação do locatário, cuja eficácia só será apreciada no julgamento da ação principal. A notificação é mero instrumento do exercício do direito de denúncia, de modo que sua eficácia opera no plano do direito material, conduzindo à extinção da relação *ex locato*. Tal eficácia, que tanto tem a notificação judicial como a realizada extrajudicialmente, em nada se assemelha, como é óbvio, à das medidas cautelares a que se refere o aludido art. 806 do

Código de Processo Civil" (ac. unân. da 4^a Câm. de 12.06.84, na ap. 5.165, rel.-juiz Raul Quentel: *in ADCOAS*, 1984, n. 99.680).

Não conduzem, *venia concessa*, as razões de apelo argumento fático ou jurídico apto a impor qualquer censura à decisão alvejada com o recurso, que se deve confirmar, por estes, como pelos seus próprios fundamentos.

Nega-se provimento, em face do exposto.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça da Bahia, 22 de maio de 1991.
Paulo Furtado – Presidente e Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APREENSÃO POLICIAL DE VEÍCULO ENVOLVIDO EM PRÁTICA DELITUOSA. DENEGAÇÃO DE PEDIDO JUDICIAL DE LIBERAÇÃO. CABIMENTO.

Em se tratando de bem móvel apreendido por autoridade policial e sendo indeferido pedido judicial de liberação do mesmo, cabível é a impetração de mandado de segurança para impugnar o ato lesivo em tese ao direito líquido e certo, principalmente, porque, no caso dos autos, não houve o registro do bem como previsto no art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal. Segurança concedida.

Mand. de Seg. 02/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 02/89, de Feira de Santana, sendo impetrante Maria de Lourdes da Silva Ferro e impetrado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca.

Acordam os desembargadores componentes das Câmaras Criminais, à unanimidade de votos, em conceder a segurança.

Maria de Lourdes da Silva Ferro impetra essa segurança contra o ato do doutor juiz de direito da 2ª Vara Crime da comarca de Feira de Santana, dizen-

do, em síntese, que:

na qualidade de genitora e herdeira universal de Antônio Marcos da Silva Ferro, requereu o arrolamento do único bem deixado pelo *de cuius*, um automóvel, marca Chevrolet, tipo Monza SLE, modelo 1987, placa policial VI-7340, chassi 9BGJIIYHB013688, adquirido à Elevem Veículos Ltda;

em vida, Antônio Marcos da Silva Ferro foi apontado por diversos elementos como integrante de uma quadrilha de assaltantes e que, por ocasião de sua prisão, a autoridade policial determinou a apreensão do automóvel e, ao remeter os autos à Justiça, o fez, colocando o veículo à disposição da autoridade impetrada;

a retenção do veículo é arbitrária e exaustivas foram as tentativas de liberação, sem que fossem alcançados os objetivos almejados, vindo todos os requerimentos ao meritíssimo juiz do processo para levantamento da medida indeferidos;

a documentação juntada aos autos demonstra, de modo insofismável, que o falecido adquiriu o veículo, objeto do presente *mandamus*, de modo legal e nada mais lógico que lhe seja, ou à sua herdeira legal, assegurado o direito de uso e gozo do bem adquirido;

no caso *sub judice*, houve e continua a ocorrer a violação do direito líquido e certo da impetrante e o abuso da autoridade encontra-se consubstanciado no fato de estar o veículo, embora le-

Bahia For.	Salvador	v.35	p.151/200	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

galmente adquirido, apreendido, por ato manifestamente ilegal.

Daí, a impetração do presente mandado de segurança.

Indeferida a preliminar argüida, foram solicitadas informações à autoridade coatora que as prestou, em ofício de fls. 50 e 51, no qual justifica a sua negativa em devolver o veículo, afirmando que foi o próprio denunciado quem declarou ter sido o mesmo adquirido com parte do dinheiro de assalto.

Foram trazidas, a estes autos, cópias de peças dos autos da ação penal.

A doura Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança, através de parecer de fls. 62 a 64.

É o relatório.

A autoridade policial apreendeu um automóvel de Antônio Marcos da Silva Ferro, por este adquirido, comprovadamente, de uma maneira legal, à Elevem Veículos.

Diz a autoridade impetrada que a apreensão foi mantida por se tratar de bem adquirido, em parte, com proventos de infração penal.

Tal apreensão, no entanto, só poderia ter sido promovida através de seqüestro (arts. 125 e segs. do CPP), mas, assim, não se procedeu, foi tomada ao arreio da lei, que não lhe dá embasamento, por conseguinte, com lesão a direito líquido e certo do proprietário do veículo, a exigir reparação judicial, pelo writ, como medida processual correta.

Não importa que parte do bem tenha sido adquirida com dinheiro proveniente de assalto. O engano da autoridade policial e judiciária, no caso, foi o de não haver respeitado a lei processual pertinente ao seqüestro.

Não dispunha a impetrante de outro remédio legal para impugnar o ato lesivo, e quando um direito subjetivo, líquido e certo é lesado por ato de autoridade pública e não haja remédio processual específico para combatê-lo, é cabível a impetração.

Daí por que, adotando o parecer da doura Procuradoria de Justiça, concedeu-se a segurança.

Salvador, Sala das Sessões das Câ-

maras Criminais Reunidas, 19 de setembro de 1990. Gérson Pereira – Presidente. Ayrton Freitas – Relator.

REVISÃO CRIMINAL. IMPROCEDÊNCIA CONTRA SENTENÇA FUNDAMENTADA, ESTRIBADA NA PROVA EXUBERANTE DOS AUTOS.

Rev. Crim. 05/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de revisão criminal 05/89, da comarca de Senhor do Bonfim, sendo requerente Eurides de Sena Costa.

Acordam os desembargadores componentes das Câmaras Criminais Reunidas deste egrégio Tribunal, por unanimidade de votos, em indeferir a revisional requerida, e o fazem pelas seguintes razões.

Despem-se de qualquer fundamento as fantasiosas alegações do postulante, dirigidas do egrégio Tribunal Federal de Recursos, através de seu presidente, e encaminhadas a este egrégio Tribunal, por se considerar aquele incompetente para apreciar e julgar o pedido.

Depois de haver confessado a autoria do crime que praticou em parceria com Brasil Pereira de Castro (outro denunciado e também já condenado) e, após sentença proferida desde 14 de julho de 1987, que transitou em julgado, vale-se do presente expediente para alegar que tal confissão ocorreu mediante coação da autoridade policial que presidiu o inquérito. Confessou-o com tantos detalhes, que ensejou a sua reconstituição, ato que foi presenciado por várias pessoas, inclusive um fotógrafo e um repórter policial, tendo-o negado, entretanto, quando interrogado pelo doutor juiz de direito, com afirmativas displicentes e despidas de qualquer cu-

nho de credibilidade.

A minuciosa sentença que o condenou estribou-se no cuidadoso inquérito que ensejou a denúncia do Ministério Público e, entre as alegações do requerente e toda prova carreada para os autos, há flagrantes contradições e um amontoado repugnante de mentiras.

Idêntico entendimento teve o doutor procurador que, ao emitir o seu valioso parecer, salienta que "a nova versão de Eurides não convence e vai de contrariar toda prova colhida nos autos".

Saliente-se que dita autoridade foi a mesma que funcionou em processo idêntico requerido pelo outro acusado, Brasil Pereira de Castro, e que não trouxe deferimento, a não ser para se corrigir a aplicação da pena.

As contradições existentes entre as alegações contidas na peça inicial e que ensejaram a presente revisão e toda a robusta prova dos autos são, como já dito, deveras chocantes.

Esqueceu-se, sobretudo, que o instrumento do crime (uma espingarda de socar pela boca) encontrado em sua residência, depois de devidamente periciado, obteve laudo positivo, como positivo também foi o exame de pólvora com vista efetuado em suas mãos.

A maneira como confessou o crime à autoridade policial coincide com toda a investigação feita pela referida autoridade, inclusive com a sua reconstituição, nos mínimos detalhes.

Imagine-se a pobre vítima, depois de receber o primeiro tiro, aguardar que o seu executor recarregue a arma (pois, como já salientado, tratava-se de uma espingarda de socar pela boca) mais duas vezes, para consumar o seu hediondo e covarde crime, dando-lhe mais dois tiros!...

Ora, se assim procedeu o requerente Eurides é porque o primeiro disparo não foi suficiente para abatê-la, definitivamente.

Todos esses fatos narrados com minúcias não poderiam ter surgido na imaginação do senhor delegado, por

mais fértil que seja, não nos convencendo, portanto, a sua declaração perante o doutor juiz de direito, que só confessou à polícia porque foi ameaçado, e o amontoado de estórias narradas no requerimento dirigido ao excelentíssimo senhor presidente do Tribunal Federal de Recursos, bastando que se as confronte com as provas colhidas no processo respectivo (apenso ao presente) para nos convencermos da insubstancialidade deste famigerado pedido, motivo pelo qual se indefere a revisão.

Salvador, Sala das Sessões das Câmaras Criminais Reunidas, 19 de setembro de 1990. Gérson Pereira - Presidente. Ayrton Freitas - Relator.

CITAÇÃO EDITALÍCIA. AFIXAÇÃO. DEFENSOR NOMEADO. NULIDADE DO PROCESSO.

Não se diligenciando para localização do réu, que não foi procurado e sequer expediu-se mandado de citação, não se pode fazer a citação editalícia. O edital de citação tem a afixação certificada por oficial de justiça. O defensor, momente o dativo, deve fazer a defesa do réu, sob pena de inexistente.

Rec. Crim. 77/89. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de recurso criminal 77/89, de Cruz das Almas, sendo recorrente Matias Celestino de Jesus e recorrido o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, integrando o presente o relatório e o voto que acompanham, em acolher a nulidade do processo a partir da citação, inclusive.

Relatório

A Promotoria pública junto à Vara Criminal da comarca de Cruz das Almas denunciou Matias Celestino de Jesus, qualificado às fls., como incursa nas sanções do art. 121, § 2º, IV, última figura, do Código Penal, pelo fato de no dia 6 de setembro de 1987, ao discutir com a vítima Deraldo Gonçalves dos Santos sobre a existência de uma briga entre os filhos de ambos, ter sacado de um revólver e feito disparos contra a vítima, ocasionando-lhe a morte.

O réu foi citado por edital. Por não comparecer ao chamado da Justiça, tornou-se revel. O processo teve curso regular e, após a conclusão da instrução criminal, o réu foi apresentado em juízo, tendo sido qualificado e interrogado. Após, foram oferecidas alegações finais. A acusação pleiteou a pronúncia do réu, à vista da presença da materialidade do delito e autoria confessada. A defesa pleiteou, preliminarmente, a nulidade do processo, por defeito da citação.

Na sentença, o doutor juiz de direito julgou procedente a denúncia, pronunciando o réu para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incursa nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Irresignado com o *decisum*, o réu interpôs recurso em sentido estrito.

Em suas razões, pleiteia o recorrente a nulidade do processo, em virtude de vícios na citação do acusado.

Contra-arrazoando o recurso, a Promotoria pública pugna pela confirmação da sentença de pronúncia.

Os autos foram encaminhados a este Tribunal e distribuídos à Primeira Câmara Criminal, cabendo-me, por sorteio, funcionar como relator.

A dourada Procuradoria de Justiça opinou pela baixa dos autos ao juízo de origem, para o cumprimento do disposto no art. 589 do Código de Processo Penal.

Os autos retornaram ao juízo da comarca de Cruz das Almas, tendo o doutor juiz de direito mantido a decisão recorrida, pelos seus próprios funda-

mentos.

Retornados os autos à Procuradoria de Justiça, ofereceu parecer opinando pelo provimento do apelo.

Examinei os autos, pedindo sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

Voto

Argüi o recorrente a nulidade *ab initio* do processo, alegando defeito na citação por desobediência aos requisitos legais para sua efetivação editalícia ou mesmo por falta de publicação ou afixação na sede do juízo, ou ainda por falta de defesa.

A dourada Procuradoria de Justiça aceita, integralmente, as razões do recorrente (vide fls. 121/124).

De fato, a citação editalícia foi concedida sem observância das formalidades ou da verificação legal da condição estabelecida no art. 361 do Código de Processo Penal.

Dispõe o artigo citado que:

“Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com prazo de quinze dias”.

Acontece que o réu não foi procurado e assim não poderia ser considerado como não encontrado.

Valeu-se o juiz para ordenar a citação editalícia em certidão do senhor escrivão dos Feitos Criminais que, por sua vez, valeu-se de informações informais, como consta da fl. 33..

Ora, se não se diligenciou para localização do réu, pois sequer foi procurado e se não se expediu qualquer mandado de citação, não se poderá certificar ou atestar a ausência do réu.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

“A determinação da citação por edital só é cabível, sob pena de nulidade, após esgotados os meios para se encontrar a pessoa” (in Damásio de Jesus, *Código de Processo Penal comentado*, p. 202).

Mas não é só essa a nulidade apontada pelo recorrente que merece ser reconhecida e proclamada.

O edital de citação também não tem a publicação prevista na legislação processual.

Dispõe o parágrafo único do art. 365 do Código de Processo Penal:

“O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual consta a página do jornal com a data da publicação”.

No caso, não consta que o edital tenha sido afixado à porta do edifício onde funciona o juízo. Se foi afixado, o oficial de justiça não certificou, logo, tem-se como não realizada.

E se não se fez a publicação do edital de citação conforme determina a lei, tem-se como não cumprida ou não efetivada a citação.

Alega, por fim, o recorrente que o defensor nomeado não fez a defesa do réu. Realmente, não encontramos, nos autos, a defesa prévia. O defensor apenas aceitou a nomeação, limitando-se a assim declarar (vide fl. 39 v).

Não havendo defesa, nulo é o processo, conforme reiteradamente têm decidido os julgados.

Oportuna a citação de Damásio de Jesus, *in Código de Processo Penal anotado*, 5. ed., p. 239:

“O defensor dativo tem o dever de apresentar defesa prévia, sob pena de não-obediência ao princípio da amplitude da defesa, segundo entendimento do STF”.

Com essas razões, meu voto é pelo acolhimento da preliminar de nulidade do processo, a partir da citação, inclusive.

É o voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 18 de setembro de 1990. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Jatahy Fonseca – Relator.

DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA DESFUNDAMENTADO. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. ORDEM DEFERIDA.

O decreto de prisão preventiva há de ser fundamentado, não bastando simples menção ao dispositivo legal. Tratando-se de réu primário e de bons antecedentes, a lei lhe assegura o direito de defender-se em liberdade.

H.C. 458/90. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus*, sendo imetrante o Bel. Ivanildo Almeida Lima e paciente José Pereira do Nascimento.

A impetração ataca, fundamentalmente, a prisão preventiva do paciente, decretada na sentença de pronúncia. O excellentíssimo senhor doutor juiz de direito teria extrapolado os limites legais, passando a apreciar fatos e circunstâncias, da competência do Tribunal do Júri, além do decreto totalmente desfundamentado. Ilustra as suas considerações, com citações de jurisprudência, inclusive desta Câmara, procurando demonstrar, ademais, que, sendo o réu primário e de bons antecedentes, assiste-lhe o direito de aguardar o julgamento em liberdade.

Em suas informações, o excellentíssimo senhor doutor juiz de direito esclarece a marcha do processo e, como o seu antecessor, decretou a preventiva – após ouvida de pessoas, a pedido do assistente da acusação, sem que fosse ouvido o Ministério Público e a defesa.

Nesta instância, o excellentíssimo senhor doutor procurador geral de Justiça, a quem coube emitir parecer, por achar-se o processo em julgamento no Conselho da Magistratura, apreciou as razões da impetração e, à luz da Constituição Federal e da situação do paciente, concluiu pelo deferimento da ordem.

Efetivamente, o decreto de prisão preventiva, embutido na pronúncia, diz, apenas, tornar-se necessária a custódia prévia, a fim de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal, conforme autoriza o art. 311 do Código de Processo Penal.

O excelentíssimo senhor doutor juiz refere-se ao paciente como pessoa que litiga constantemente por questões de terra (conforme depoimentos de pessoas queixosas) e que tem filhos problemáticos, autores de furtos de criação nesse município.

Ora, o litígio por questões de terra não compromete o procedimento do réu para ensejar qualquer penalidade; a circunstância de ter filhos problemáticos, ainda que criminosos, também não lhe agrava a situação, sob pena de comprometer o princípio da intransmissibilidade das penas, hoje alçado a garantia constitucional (art. 5º, XLV, CF).

A prisão preventiva está totalmente desfundamentada. Não basta ao juiz citar, simplesmente, as disposições legais que autorizam a decretação da medida constitutiva. É necessário, como exige a lei (art. 315, CPP) e pacificamente proclama a jurisprudência, que o decreto seja sempre fundamentado. A repetição da lei, desacompanhada de fundamentação, invalida o decreto da preventiva (RT 495/284).

No caso, o conjunto probatório não compromete, também, as exigências da lei para que o paciente aguarde o seu julgamento em liberdade.

O paciente é primário, segundo faz certo o documento de fl. 16; compareceu a todas as audiências, conforme prova documental; integra o Conselho de Sentença da comarca, segundo alegou, sem contestação; já exerceu as funções de suplente de delegado de polícia de Curaçá.

O parecer do duto procurador geral de Justiça, em conclusão, acentuou:

“Seria praticamente difícil imaginar-se que o paciente, com tantos vínculos ao distrito da culpa, criará obstáculos à realização do julgamento, atentando contra a ordem pública ou a apli-

cação da lei penal, como entendeu o ilustre *a quo*”.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em deferir a ordem, para que o paciente aguarde o seu julgamento em liberdade.

Sala das Sessões, 19 de fevereiro de 1991. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

DELITOS. DESCLASSIFICAÇÃO.

Furtos simples, desclassificados para roubo impróprio e tentativa de furto simples, mas com atenuação da pena. Provimento, em parte, do pedido.

Ap. Crim. 128/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 128/89, da comarca da Capital, em que é apelante Pedro Alves da Silva e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto divergente e acolhendo, em parte, o parecer do excelentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, em dar provimento parcial ao recurso interposto, pelas razões adiante expendidas.

Pedro Alves da Silva, vulgo “Bolinha”, foi denunciado como incursão nas sanções do art. 155, combinado com o art. 51, ambos do Código Penal, por haver, no dia 13 de março de 1985, entre 11 e 11h30min, arrebatado, com violência, do menor Wellington Ferreira, uma sacola com vários pedaços de fios de cobre e, em seguida, por volta das 11h30min, ter subtraído da casa, ainda em construção, de dona Marlene Moreira dos Santos diversos materiais,

conforme atesta o auto de fl. 14 dos autos.

O Ministério Público, por seu representante, nas alegações finais, requer a condenação do acusado nas penas do art. 155, combinado com os arts. 51 e 14, II, do Código Penal brasileiro.

A defensoria, na mesma oportunidade, sustentando "faltar aos autos elementos que porventura possam imputar ao denunciado a conduta querida pela peça acusatória", peticiona a absolvição deste.

O doutor juiz de direito da 20^a Vara Criminal, na decisão de fls. 107 a 110, houve por bem julgar procedente, em parte, a denúncia, para condenar Pedro Alves da Silva, vulgo "Bolinha", à pena de oito anos de reclusão, regime fechado, e multa.

Irresignado com o *decisum*, o réu, por suas defensoras, interpôs apelação, peticionando "... a desclassificação dos delitos para a figura do art. 155, *caput*, combinado com os arts. 14, II, 155, § 2º, e 71 do Código Penal" ou, no mínimo, a desclassificação do primeiro delito para a figura do roubo tentado, reconhecida a continuidade delitiva referida na sentença.

O Ministério Público, em contrarrazões, pugna pela manutenção da decisão.

A dourada Procuradoria de Justiça, no parecer 1.289, opina pelo "provimento, em parte, do recurso apelatório, a fim de que o apelante seja condenado como incursão nas penas do art. 155 combinado com o art. 69 do Código Penal, reduzindo-se, por conseguinte, a pena imposta".

Tudo visto e devidamente analisado.

Pedro Alves da Silva, vulgo "Bolinha", inconformado com a decisão que o condenou à pena de oito anos de reclusão, pela prática dos delitos previstos no art. 155 combinado com o 51, ambos do Código Penal, interpôs apelo, pleiteando a desclassificação dos delitos para a figura do art. 155, *caput*, combinado com o art. 14, II, 155, § 2º, e 71, todos do diploma penal pátrio ou, *ab ab-*

surdo, no mínimo, a desclassificação do primeiro delito para a tentativa, reconhecendo-se a existência de um liame, uma continuidade delitiva.

Contra-arrazoas o representante do Ministério Público, pugnando pela manutenção do *decisum*.

O ilustre procurador de Justiça, no parecer 1.289, opina pelo provimento parcial do apelo, entendendo que se consumaram dois delitos de furto.

Data venia do douto procurador, ficou sobejamente demonstrada, nos autos, a existência de um crime de roubo consumado (contra o menor Wellington) e uma tentativa de furto (contra D. Marlene), embora, de qualquer maneira, deva haver uma atenuação na pena cominada, como entende a dourada Procuradoria e foi requerido pelo apelante.

Com efeito, no delito contra o menor Wellington, vê-se a figura clara do chamado roubo impróprio, onde o agente usa da violência ou grave ameaça contra a pessoa, após a subtração, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa subtraída. O apelante aplicou um tapa no menor, após ter apanhado a sacola com os fios de cobre, visando com isto evitar que o mesmo impedisse a subtração e desencorajá-lo de uma possível perseguição.

Permissa venia das douradas advogadas de defesa, a bofetada, o tapa, ainda que vias de fato, são caracterizadoras da violência física, exigida como elemento do crime de roubo. Esse é o entendimento do Pretório exelso e de outros tribunais pátrios, como adiante se observa:

"A violência física, caracterizadora do crime de roubo, consiste no emprego de força sobre a vítima, tolhendo a liberdade de seus movimentos como meio para a subtração da coisa, não sendo necessário ocorra lesão corporal, bastante a via de fato" (STF, RT 593/453-456).

"Para a violência, integrante do roubo, bastam as simples vias de fato, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência. E essa contravenção, não deixando vestígios, não comporta exame

de corpo de delito" (TACrim.-SP, *JUTACrim.* 40/323).

Ora, configurado o roubo impróprio, pela utilização da violência para garantir a impunidade e a posse da *res furtiva*, consubstancia-se o crime consumado, pois este tipo de delito não admite tentativa, no entendimento vigente na doutrina e na jurisprudência pátrias, uma vez que ou o agente usa a violência, após o delito, ou não a usa, caso em que inexiste o roubo.

No caso *sub judice*, não apenas se consumou a subtração da coisa, em poder do menor, como, também, este foi agredido, para que não impedisse o crime e tivesse medo de perseguir o seu autor.

Quanto ao furto praticado na casa, em construção, de D. Marlene, aí, sim, vislumbra-se a figura do crime tentado, pois foi o apelante impedido de consumá-lo, por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo detido pela vítima e outros populares.

Com relação à continuidade delitiva, pretendida pela defesa, é descabida, pois reza a lei que esta se dá quando os crimes estão unidos pela semelhança de determinadas circunstâncias, como condições de tempo, lugar, modo de execução ou outras condições que autorizem supor uma continuidade. Ora, à parte já ter o egrégio Supremo Tribunal Federal decidido não poder haver continuidade delitiva entre roubo e furto (rec. extraord. 91.317 -RTJ 98/357), vê-se que inexistem semelhanças entre os delitos praticados, um contra um menor, com violência, para a subtração de fios de cobre, em plena via pública, e o outro contra uma casa em construção, subtraindo seu autor fechaduras e torneiras lá deixadas.

Embora seja o apelante primário, os objetos furtados não são de pequeno valor, pelo menos para os seus donos e, por isso, deve-se atender ao meio social e às pessoas das vítimas, quando se pretende estipular o que seja, ou não, de pequeno valor.

Assim, fica o apelante enquadrado nos arts. 157, § 1º, e 155, *caput*, ambos

do Código Penal. Levando em conta as circunstâncias judiciais do art. 69 do mesmo diploma e sendo o mesmo primário e tratar-se de mera tentativa o crime do art. 155, *caput*, entendeu a Câmara deva ser o mesmo apenado da seguinte maneira: pena de quatro anos de reclusão, pela prática do crime do art. 157, § 1º, e de um ano de reclusão, pela tentativa de furto simples, prevista no art. 155, *caput*, combinado com o 14, ambos do Código Penal.

Em face do exposto, a pena a ser cumprida pelo apelante, em regime semi-aberto, será de cinco anos de reclusão, ocorrendo, portanto, a *reformatio in melius*. A pena de multa ficou inalterada, dado à sua fixação em pequeno valor, atendida que fora a situação econômica do réu, pelo juiz.

Ante os pré-expostos fundamentos e tudo o mais que dos autos consta, acolhendo, em parte, o parecer da dota Procuradoria de Justiça, decidiu a Câmara, pela unanimidade dos seus componentes, em dar provimento parcial ao apelo interposto, nos termos acima declarados.

Salvador, 12 de dezembro de 1989.
Jayme Bulhões - Presidente e Relator.

DUPLO HOMICÍDIO. DOIS ACUSADOS. UNIDADE DO JULGAMENTO. LIBELOS DIVORCIADOS DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO, A PARTIR DESSES LIBELOS.

Ap. Crim. 96/85. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 96/85, oriundos da comarca de Remanso, em que são apelantes, simultaneamente, a Justiça pública e Geraldo Monte de Castro e,

apelado, José Monteiro Ferreira de Castro.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto divergente, em anular o processo, a partir dos libelos, inclusive, para que outros sejam oferecidos, em consonância com o que ficou disposto na sentença de pronúncia. E assim o entenderam pelas razões seguintes.

José Monteiro Ferreira de Castro e Geraldo Monte de Castro foram denunciados como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, por haverem, na noite de 5 de novembro de 1983, assassinado, respectivamente, Francisco de Assis Ferreira, com tiro de revólver, e José Rodrigues Lopes, mediante emprego de arma branca, conforme atestam os laudos cadavéricos de fls. 10 e 17.

O ilustre representante do Ministério Público, nas razões finais, sustentou restarem provadas a autoria, materialidade e futilidade dos atos delituosos, ao tempo em que nega todo e qualquer efeito comprobatório à exposição do laudo de exame cadavérico da segunda vítima, de que fora a mesma atingida por arma de calibre 22, quando, na realidade, portava o acusado, uma de calibre 38, porquanto as informações dos médicos legistas não comportam matéria própria de balística.

José Monteiro Ferreira de Castro, por seu advogado, em igual oportunidade processual, peticionou fosse julgada improcedente a acusação que lhe fora imputada, porque a mesma se baseou em declarações prestadas por parentes da vítima, como também se encontra o laudo de exame cadavérico expondo que a vítima fora alvejada por quem portava arma de calibre 22.

Geraldo Monte de Castro, por seu defensor, também neste momento de ultimação da instrução criminal, alegando a ausência absoluta de provas que evidenciassem a participação do indiciado nos fatos narrados na denúncia, requereu fosse a mesma julgada improcedente

e proferida sua absolvição.

O doutor juiz de direito da comarca de Remanso, com base nos elementos probatórios carreados para os autos, houve por bem acolher os termos da denúncia, para pronunciar os acusados como incursos nas penas prescritas pelo art. 121, § 2º, II, do diploma substantivo penal.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, em 4 e 5 de dezembro de 1984, por pedido de desmembramento formulado à fl. 94, foi o primeiro acusado absolvido, por unanimidade, que lhe negou a autoria do crime, sendo o segundo condenado à pena de oito anos de reclusão, pela prática do crime capitulado na sentença de pronúncia.

Inconformados com as decisões, a Promotoria pública apelou da que absolveu José Monteiro Ferreira de Castro, e o defensor de Geraldo Monte de Castro, da que o condenou.

O recurso do Ministério Público fundamenta-se no fato de estar a decisão recorrida "manifestamente contrária à prova dos autos" (Código de Processo Penal, art. 593, III, *d*) e o de Geraldo Monte de Castro, na circunstância de ter havido erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena (art. 593, III, *c*, do mesmo diploma legal).

A Procuradoria de Justiça, através do seu ilustre representante, que subscreve o parecer 1.002, manifesta-se, preliminarmente, pela nulidade dos julgamentos, em face da existência de irregularidades processuais, tais como: inépcia da sentença de pronúncia, incongruência dos libelos com o retroaludido ato judicial, desmembramento indevido das sessões do Tribunal Popular, falta da assinatura das partes e dos jurados nas séries de quesitos, ausência de questionamento das espécies de circunstâncias atenuantes admitidas pelo Conselho de Sentença, no julgamento do segundo acusado.

No mérito, opina pelo improvisoamento do recurso da Promotoria pública, porquanto evidenciada ficou a inocência de José Monteiro Ferreira de Castro, dando o mesmo destino à apela-

ção de Geraldo Monte de Castro, pela falta de coerência entre o que se pede e o que se alega.

A Promotoria pública, em exercício na comarca de Remanso, irresignada com a decisão que absolvera José Monteiro Ferreira de Castro, da prática de homicídio qualificado contra Francisco de Assis Ferreira, interpôs, por seu representante, recurso de apelação criminal, alegando estar o aludido ato judicial "manifestamente contrário às provas dos autos".

O apelado, por seu advogado regularmente constituído, em contra-razões, peticiona seja mantida a sentença, alegando, para tanto, que toda a instrução criminal evidencia sua inocência, sobretudo quando demonstra o flagrante confronto entre o disposto no laudo de exame cadavérico, de que a vítima fora atingida por arma de calibre 22, e a realidade, de que portava o acusado uma arma de calibre 38.

Procedimento semelhante, de interpor recurso de apelação, foi efetivado por Geraldo Monte de Castro, através de seu defensor, contra a decisão que o condenara à pena de oito anos de reclusão, pela morte de José Rodrigues Lopes, fundamentando-o na circunstância de ter havido erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena.

A Promotoria pública, em contra-razões, requer seja confirmado o *verdictum*, pois que, segundo afirma, todo o conjunto comprobatório do feito o respalda.

Inôcua seria, no momento, discutir-se a respeito da inépacia da denúncia, como da sentença de pronúncia, porque tornaram-se elas inatingíveis em virtude de preclusão de ordem temporal e pelo trânsito em julgado, segundo atestam os arts. 571, I, e 406, do Código de Processo Penal.

Ocorrem, entretanto, nulidades argüíveis, no presente momento e que, por si, conduzem à declaração de inelegibilidade dos julgamentos efetivados. São elas:

Dado à falta de determinação da quota de participação de cada acusado, a sentença de pronúncia expôs a prática

de um mesmo crime, embora com ações diferentes dos acusados, levando-nos a admitir a hipótese de conexão e de concurso das infrações.

Diferentemente do exposto na sentença de pronúncia, os libelos foram anexados aos autos, apresentando um procedimento criminoso autônomo, independentemente de cada um dos réus, e, por isso, inédito, porquanto até aquele momento as infrações tinham sido tratadas como eventos interligados.

A respeito, dispõe Hélio Tornaghi, em *Curso de Processo Penal*, v. 2, p. 220:

"O libelo deve ater-se à pronúncia. Variar a acusação no libelo seria surpreender a defesa e ir de encontro à sua própria natureza. Cabe ao juiz não receber o libelo se verifica a falta dessa condição essencial".

Injustificável é, assim, o desmembramento dos julgamentos, com base num antagonismo inexistente entre os fatos delituosos.

Sabe-se que as infrações se comunicavam e separar-se os julgamentos significou uma afronta ao art. 461 do diploma adjetivo penal.

Hélio Tornaghi, ainda na mesma obra, assim dispõe:

"Convém que os vários réus (co-réus), num mesmo processo, sejam julgados ao mesmo tempo; a história de cada um se entrelaça com a dos demais, e a separação dos julgamentos tira a visão do conjunto. Ademais, separadas as defesas, pode ocorrer que uma delas descarregue no outro réu a responsabilidade pelo crime".

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, decidiu a Câmara, à unanimidade, anular o processo, a partir dos libelos, inclusive, para que outros sejam oferecidos, em consonância com a sentença de pronúncia.

Custas na forma da lei.

Publique-se e registre-se, intimando-se os interessados, pelas vias regulares.

Salvador, 1º de outubro de 1985.
José Abreu - Presidente. Jayme Bu-lhões - Relator.

ESTUPRO. DECISÃO LESTREADA EM DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DA GENITORA. FATOS, INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS COMPROMETEDORES. IMPROVIMENTO.

Quando as declarações da ofendida se ajustam ao conjunto probatório, legitima-se a decisão condenatória e o conseqüente improvimento do apelo.

Ap. Crim. 76/90. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 76/90, de Catu, sendo apelante Antônio Mendes da Silva e apelado o Ministério Público.

O relatório de fls., parte integrante deste, situa a extensão do apelo – reforma da decisão condenatória de Antônio Mendes da Silva, com fundamento no art. 213, c/c o art. 226, II, todos do Código Penal, por falta de provas ou diminuição da pena.

Evidentemente, cuidando-se de crime contra os costumes, mais precisamente de estupro, cuja autoria nem sempre é fácil provar, o julgador enfrenta óbices, aparentemente insuperáveis. Este caso, possivelmente, não fugiu à regra.

Antônio Mendes da Silva e Regina Muniz Neto, pais da menor Gleide Regina da Silva, a vítima, viviam maritalmente há anos, tendo o casal sete filhos, dos quais o denunciado não se recorda do nome de três (fl. 9). Enquanto isto, no réu se identifica um contraste – mantém vigilância doentia sobre uma filha de 15 anos, exatamente a vítima, não permitindo que ela namorasse ou, mesmo permitindo, logo impondo o rompimento do namoro, como ocorreu com Álvaro de Jesus (fl. 17), exigindo, também, fosse acompanhada para a datilografia.

Colhe-se dos autos que o réu espancava, freqüentemente, a genitora da vítima, sua mulher, necessitando, inclusive, a intervenção da polícia, desde há

cerca de três anos, quando fora intimado; em 1972, fora processado por desentendimento com a mulher, bem como já autuado em flagrante por lesões corporais, respondendo solto por ter prestado fiança (fl. 10). O relacionamento familiar, os fatos e circunstâncias retratam um homem violento, impostor, insensível.

Efetivamente, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia empresta credibilidade à palavra da ofendida, mas só aceita a condenação quando outros elementos não lançam dúvidas ao espírito do julgador. E o faz, seguindo invariável orientação jurisprudencial:

“Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, apontando seu ofensor, constitui a pedra angular da acusação, quando corroborada por elementos de prova” (TJ-PR, ap. cív., rel-des. José Meger, RT 526/402).

.....
“Para que não fique, porém, a acusação baseada exclusivamente na palavra daquela, tem a jurisprudência exigido que, para serem criadas, devem ser verossímeis e uniformes, além de concordantes com outros elementos indiciários. Devem estar corroboradas, no que tem de essencial, pelas circunstâncias apuradas no processo” (TJ-SP, AC, rel-des. Adriano Marrey, RT 428/313).

Ora, no caso, a descrição do crime é feita pela própria ofendida, com minúcias de detalhes, relatando a participação do genitor. O ambiente doméstico, por sua vez, só ensejava a providência adotada pela genitora, tal como fizera vezes outras, procurando a polícia; a própria genitora, anteriormente, já flagrara o apelante em atitude indecorosa com a filha (fl. 34); a arma com que ameaçou a vítima é do próprio apelante, que a mantinha no guarda-roupa (fls. 6 e 9v).

O conjunto probatório retrata um pai de sentimentos inferiores, péssimos instintos, capaz de impor à própria filha o seu plano criminoso, como ápice da escalada criminosa, começada com a companheira e de término imprevisível.

In casu, a credibilidade que merece a versão da ofendida, as declarações da sua genitora, os indícios e circunstâncias formam um conjunto probatório que gera a certeza de ser o apelante o autor do estupro de Gleide Regina.

A lei, no caso, prevê a pena de 3 a 8 anos de reclusão, aumentada de quarta parte (art. 213, c/c o 226, II, do CP). O réu foi condenado à pena definitiva de quatro anos e 10 meses de reclusão, em regime semi-aberto, a ser cumprida na cadeia local, com a obrigação de recolher-se à noite e nos dias de folga, possibilitando-lhe trabalhar para pensionar os filhos.

A pena, como se comprova, foi aplicada com rigorosa parcimônia pela excellentíssima senhora doutora juíza.

Não obstante os argumentos da dota Procuradoria, a manutenção da sentença, em sua integralidade, à vista do que consta dos autos, é a solução que melhor corresponde às exigências da lei, da doutrina e da jurisprudência.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 12 de março de 1991. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

EXCESSO PRAZAL. DEFERIMENTO.

Ocorre o excesso prazal quando o paciente está preso por prazo superior ao mínimo cominado no crime que lhe é imputado.

H.C. 402/90. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus* 402/90, da Capital, sendo imetrante Alfredo Jorge Cabral de Carva-

lho e paciente José Rodrigues dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, integrando o presente o relatório e o voto que acompanham, em deferir a ordem.

Relatório

O Sr. Alfredo Jorge Cabral de Carvalho impetrou uma ordem de *habeas-corpus* em favor de José Rodrigues dos Santos, qualificado à fl. 2, pleiteando a soltura do paciente, que se encontra preso, à disposição do excellentíssimo senhor doutor juiz de direito da 5^a Vara Crime da Capital.

Alegou o imetrante excesso prazal na conclusão do processo, porque o paciente se encontra preso há dois anos e dois meses, à disposição daquele juízo.

Solicitadas as informações, presou-as a autoridade coatora à fl. 7, informando que os autos estão com a defesa para a apresentação das razões finais.

Os autos foram encaminhados para este Tribunal e distribuídos à Primeira Câmara Criminal, cabendo-me, por sorteio, funcionar como relator.

A dota Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento do *writ*.

Examinei os autos e pedi sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

Voto

A imetratação tem por fundamento o excesso prazal na conclusão do processo que responde o paciente pela prática do delito de furto.

Alegou o imetrante que o paciente está preso há dois anos e dois meses, sem haver definição processual.

A dota Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da ordem, em face das informações da autoridade coatora (vide fls. 09/10).

O paciente encontra-se preso desde o dia 16 de agosto de 1988, portanto há

dois anos e três meses, sem que o processo a que responde seja concluído.

Conforme informado pela autoridade coatora, o paciente responde por delito capitulado no art. 155, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, cuja sanção varia de um a quatro anos de reclusão; pena essa que poderá ser aumentada de um sexto a dois terços, em virtude do crime continuado. Informou, outrossim, que os autos estão com vista à defesa para o oferecimento das alegações finais.

Apesar do processo estar com sua instrução concluída e acreditando que a essa altura as alegações finais da defesa já estejam juntas aos autos, o paciente está preso há mais tempo do que o permitido legalmente. É evidente que, na prática, se o paciente vier a sofrer uma condenação, já terá cumprido sua pena. Na verdade, está ele preso em prazo superior ao tempo mínimo cominado à sanção do art. 155 do Código Penal que é de um ano de reclusão. Dessa forma, não há motivos para manter-se sua custódia por mais tempo.

Afinal, essa tem sido a orientação deste Tribunal e de todos os tribunais do País, tendo à frente o Supremo Tribunal Federal.

Com essas considerações, meu voto é no sentido de deferir a ordem.

É o voto.

Sala das Sessões da 1^a Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 27 de novembro do ano de 1990. Raymundo Vilela – Presidente. Jatahy Fonseca – Relator.

EXCESSO PRAZAL. FLAGRANTE. IMPRESTABILIDADE. DEFERIMENTO.

Tendo o juiz reconhecido, como reconheceu, a imprestabilidade do auto de flagrante, cabia-lhe relaxar a prisão do paciente. Não o fazendo, cabe ao Tribunal tomar a decisão, considerando suas declarações. Preso há mais de dois anos

sem sequer ser interrogado, verifica-se o excesso prazal.

H.C. 366/88. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas-corpus* 366/88, de Itanhém, sendo impetrantes os Béis. Luiz Carlos Monjardine e José Florisvaldo Lisboa Santos e paciente Sebastião Ferreira de Jesus.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, integrando o presente o relatório e o voto que acompanham, em deferir a ordem.

Relatório

Luiz Carlos Monjardine e José Florisvaldo Lisboa Santos impetraram uma ordem de *habeas-corpus* em favor de Sebastião Ferreira de Jesus, alegando a ilegalidade do auto de flagrante e o excesso de prazo na conclusão do processo.

A indigitada autoridade coatora, o doutor juiz de direito da comarca de Itanhém, não prestou as informações solicitadas.

Por solicitação da dnota Procuradoria de Justiça, foi reiterado o pedido de informações que, finalmente, vieram aos autos. Nelas, o doutor juiz de direito substituto da comarca de Itanhém reconheceu o excesso prazal na conclusão do processo, bem como a ilegalidade do flagrante.

A dnota Procuradoria de Justiça opinou pelo deferimento da ordem.

O presente processo de *habeas-corpus*, impetrado em dezembro de 1988, teve o andamento bastante retardado, em face da demora do doutor juiz de direito em prestar as informações. Por duas vezes, esteve na Procuradoria de Justiça, onde o dnto procurador de Justiça também retardou em oferecer parecer. Por fim, o desembargador Jorge Figueira, inicialmente sorteado rela-

tor, estava de férias e, posteriormente, em licença, enquanto o processo, apesar de concluso, não lhe foi apresentado (vide despacho de fls. 22 e v.).

Sorteado como seu novo relator, examinei os autos e pedi sua inclusão em pauta para julgamento.

É o relatório.

Voto

Dois são os motivos da impetração: ilegalidade do auto de prisão em flagrante e excesso prazal na conclusão do processo (vide fls. 2/9).

Em relação à ilegalidade do auto de flagrante, não sendo exibido o competente auto ou xerox do mesmo, não podemos examiná-lo. Tivemos, entretanto, que nos valer das informações da autoridade coatora quando disse ser o mesmo insustentável por não ter se verificado o flagrante (vide fl. 19).

No caso, o doutor-juiz, reconhecendo, como reconheceu, a imprestabilidade do auto de flagrante, deveria relaxar a prisão do paciente, por ser ilegal. De qualquer sorte, em não o fazendo o juiz, cumpre a este Tribunal tomar a decisão, louvando-se, exclusivamente, das informações do *a quo*.

Por outro lado, o doutor juiz de direito também reconheceu a existência do excesso de prazo na conclusão do processo (vide fls. 19/20).

Ora, o excesso de prazo é patente. Apesar de não se saber qual o crime imputado ao paciente, seja ele qual for, forçoso é o reconhecimento da existência do excesso de prazo na conclusão do processo. O crime ocorreu em agosto de 1988, logo, há mais de dois anos.

Quando o juiz prestou as informações, em maio de 1989, ainda não tinha se procedido ao interrogatório do paciente. Há, até, um excesso prazal na apreciação do *habeas-corpus*; que se dirá do processo!

O deferimento da ordem se impõe, quer por excesso prazal na conclusão do processo, quer pela ilegalidade da prisão do paciente, salvo se, a esta altura, a

sentença de mérito já tenha sido proferida.

Meu voto, portanto, é pelo deferimento da ordem.

É o voto.

Sala das Sessões da 1^a Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 27 de novembro de 1990. Raymundo Vilela - Presidente. Jatahy Fonseca - Relator.

HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE VEÍCULO. ATROPELAMENTO E MORTE DE CRIANÇA. PROVA DA CULPA. IMPROVIMENTO DO APELO.

Evidenciada a culpa do apelante, que não agiu com a necessária cautela, mantiém-se a decisão de primeiro grau motivada, corretamente, no conjunto probatório, do qual resultou a condenação do apelante.

Ap. Crim. 46/89. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 46/89, de Itabuna, sendo apelante Valdemar Cunha Peixoto Filho e apelado o Ministério Públíco.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo.

Decidem assim porque a sentença atacada apreciou criteriosamente, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, a prova carreada para os autos e da qual resultou a condenação do apelante, não vingando o argumento de ser a decisão desprovida de prova plena, certa.

Efetivamente, Valdemar da Cunha Peixoto Filho no seu depoimento de fl. 78 confessa que estava desenvolvendo

velocidade de 80 km, reduzida para 40 km. Ao se aproximar do local e notar o movimento de pessoas que transportavam latas d'água e tentavam atravessar a pista, ele se assustou e acionou a buzina. Quanto à circunstância por ele aventada, de haver a vítima saído correndo de trás do caminhão, batendo-se com a roda dianteira do veículo, está comprometida, porque o acidente, na versão da prova testemunhal, ocorreu em pista reta, com boa visibilidade, onde há um posto de abastecimento de veículos, local movimentado, ali existindo um "açude" e sinalização. O caminhão da Nestlé estacionado estava distante cerca de 50m e em nada influiu no atropelamento, porque o motorista já havia ultrapassado o caminhão quando colheu a vítima, não tendo o veículo impedido a sua visão (ver fl. 90, Maria de Fátima Silva Santos).

As provas que levaram à condenação do apelante são irrefutáveis. A exelentíssima senhora doutora juíza demonstrou, com o próprio depoimento de Valdemar, ser ele imperito para a condução do veículo – assusta-se e desatadamente buzina, diante do fato corriqueiro da travessia de pista por pessoas, a invés de controlar o veículo.

Em tema de acidente de veículo, resultando em atropelamento de criança, a jurisprudência é iterativa:

"Age com culpa gritante o motorista que, dirigindo por via pública em local onde há crianças, atropela uma delas por não haver reduzido ao mínimo a velocidade do veículo. Absolutamente insuficiente para isentá-lo de culpa, o fato de haver acionado a buzina do automotor" (TACrim.-SP, AC, rel.-juiz Ricardo Couto – JUTACRIM 21/349).

AC, rel.-juiz. Dínio Garcia – JUTACRIM X/271).

.....
"Em se tratando de criança ou velho, a culpa deve ser toda carregada no motorista, visto que este deve prever, ao avistá-los próximo à guia da calçada, a possibilidade de virem a tentar a travessia, adotando as cautelas necessárias para evitar atropelá-los" (TACrim.-SP, AC, rel.-juiz Nogueira Camargo – JUTACRIM 79/361).

No local do acidente há movimento, principalmente porque ali existe um açude onde a população apanha água. Edna Pereira Novais, a vítima, de aproximadamente nove anos, em companhia de outras meninas, a menor delas, fora buscar água para dar banho nos irmãos dos quais tomava conta, enquanto seus familiares trabalhavam na roça (fl. 90).

O parecer da dota Procuradoria, finalmente, afirma a inexistência de razões para que se alterem os fundamentos da sentença guerreada, por espelhar a verdade.

Assim, a todos os títulos, o improviso do apeio se impõe.

Sala das Sessões, 26 de dezembro de 1990. Raymundo Vilela – Presidente e Relator.

ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA.

Habeas-corpus requerido sob as alegações de ilegalidade da prisão do paciente, por falta de expedição de precatória, desnecessidade do decreto de prisão preventiva, autoria incerta do crime e primariedade e bons antecedentes do paciente. Indeferimento do *writ*.
H.C. 340/89. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de *habeas-corpus* 340/89, de Ubatã, em que é imetrante o Bel. José Carlos Adami Cerqueira e paciente Lourisvaldo dos Santos.

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 do excellentíssimo senhor doutor procurador de Justiça e levando em consideração os informes prestados pela doutora juíza, denegar a ordem requerida, pelas razões adiante expostas.

O Bel. José Carlos Adami Cerqueira, na condição de advogado, requereu *habeas-corpus*, em favor de Lourisvaldo dos Santos, a quem também qualifica na peça vestibular, sob as alegações desta constantes, em resumo, as seguintes:

1^a) que o paciente supramencionado está sofrendo coação ilegal, decorrente de prisão arbitrária, efetuada pelo delegado de Gandu, a que deu acolhimento a doutora juíza de direito da comarca de Ubatã, tida pelo imetrante como autoridade incompetente, em face de ser o crime atribuído ao paciente cometido na comarca de Gandu, onde tinham a vítima e o paciente seus domicílios;

2^a) por ser nula a prisão do paciente, em face de não haver sido expedida carta precatória para a sua efetivação, sendo "encaminhada diretamente para outra comarca";

3^a) por ser desnecessária a prisão preventiva do paciente, pois "o indiciado jamais se ausentou da cidade, onde tem domicílio, apresentando-se à delegacia sempre que solicitado pela autoridade policial";

4^a) que a autoria do crime é incerta, negada pelo paciente, havendo meras suspeitas que recaem, também, sobre companheiros do indiciado;

5^a) que o paciente é, legalmente, réu primário e de bons antecedentes, podendo responder ao processo em liberdade.

O pedido veio instruído com a documentação de fls. 09 a 47.

Solicitadas informações à autoridade judiciária indigitada como coautora, prestou-as a Dra. Maria Cristina Olímpio, na conformidade do ofício de fls. 51 a 53, a este anexando xerocópias do decreto de prisão preventiva, da representação feita pela autoridade policial e da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Com vista dos autos, a seguir, o excellentíssimo senhor doutor procurador de Justiça emitiu o parecer de fls. 65 a 68, concludo-o pelo indeferimento do pedido, com as seguintes considerações:

"a) que a autoridade policial representou pela decretação da prisão preventiva do paciente (fls. 55 a 58);

b) que, quando decretada a prisão do paciente, já havia inquérito policial instaurado;

c) que no referido inquérito policial estava plenamente comprovada a materialidade do crime e havia suficientes indícios de que o paciente era o seu autor;

d) e que deixar-se o indicado criminoso em liberdade seria uma indisfarçável afronta às sociedades de Ubatã, Gandu e Ibirapitanga, onde o crime tivera grande repercussão, e assim ensejando e podendo provocar, como já tem acontecido, revolta popular, com graves prejuízos à manutenção da ordem pública.

Não há como negar-se que todas as exigências foram observadas, nem por que anular-se o decreto prisional atacado, dès que fundamentado, com justa causa e alicerçado na lei e no bom senso".

Antes, ponderara o digníssimo doutor representante do Ministério Públíco junto a esta Câmara, admitindo que, até prova em contrário, o crime havia sido perpetrado em Ibirapitanga; que, "se mais tarde tomar-se conhecimento de que o assassinato se consumou em território de outra comarca, *ex vi* do disposto no art. 70 do Código de Processo Penal, o juízo criminal de Ubatã, por incompetente, *ratione loci*, encaminhará o processo ao juízo competente, que, então, de acordo com seu conveniente e circunstâncias, ratificará, re-

petirá ou reformulará os atos processuais já praticados e as decisões já tomadas".

A doutora juíza, ao prestar informações, por sua vez, ponderara: "Quanto às condições pessoais do paciente, para se livrar solto, há de se observar que a custódia prévia foi decretada para a garantia da ordem pública da abalada comunidade ganduense, tão indignada com o tratamento condescendente que a Justiça tem dado aos diversos crimes da mesma natureza, lá ocorridos recentemente, e, para garantia do próprio paciente, ou ele aguarda que os ânimos se arrefeçam ou terá que deixar seu domicílio, o que, a toda evidência, não se pode permitir, sob pena de obstacularizar da instrução criminal".

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o parecer da douta Procuradoria de Justiça e levando em consideração, também, as informações prestadas pela doutora juíza da comarca de Ubatã, decidiu a Câmara, pela unanimidade dos seus componentes, denegar a ordem requerida.

Salvador, 14 de novembro de 1989.
Jorge Fernandes Figueira - Presidente.
Jayme Bulhões - Relator.

JÚRI. QUESITOS OBRIGATÓRIOS. AUSÊNCIA. NULIDADE.

Anula-se o julgamento do Tribunal do Júri quando inexistem quesitos obrigatórios.

Ap. Crim. 102/90. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal 102/90, de Carnacã, sendo apelante o Ministério Público e apelado José de Moura Latrilha.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cri-

minal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, integrando o presente o voto que acompanha, em acolher a preliminar de nulidade da quesitação.

Voto

O recurso se estriba em ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A dourada Procuradoria de Justiça opinou que se reconheça preliminarmente a nulidade do julgamento por ser eivado de vício insanável, além de ser também manifestamente contrário à prova dos autos (vide fls. 214/216).

Em relação à preliminar levantada pela dourada Procuradoria, de defeito da quesitação que prejudicou o correto julgamento, realmente ocorreu (vide fl. 188).

Ora, os quesitos não indicaram as circunstâncias indispensáveis para o reconhecimento da legítima defesa, ainda que putativa. Não foram feitos os quesitos obrigatórios para caracterizar a circunstância prevista no art. 25 do Código Penal.

O júri foi inquirido apenas se o réu "supôs achar-se em face de uma agressão à sua pessoa". E se foi lícito o procedimento do réu.

Na verdade, o júri deveria ser inquirido se o réu repeliu, supostamente, injusta agressão a direito seu. Se essa atitude do réu for atual ou iminente; se usou os meios necessários e se foi moderadamente. Ou essas perguntas e quesitos não foram feitos ou, aqueles feitos, foram-no englobadamente.

A falta de quesito obrigatório no julgamento pelo Tribunal do Júri é causa de nulidade, conforme reiteradamente têm decidido os julgados.

E nesse sentido existe a Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal:

"É absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri, por falta de quesito obrigatório".

É também o que depõe o art. 564, III, k, ou seja, a falta de "quesitos e as

respectivas respostas".

Com essas razões, acolho a preliminar de nulidade de quesitação argüida pela douta Procuradoria de Justiça.

É o voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 4 de dezembro de 1990. Raymundo Vilela – Presidente. Jatahy Fonseca – Relator.

LATROCÍNIO. PROVEITO PATRIMONIAL. PROVA INDICIÁRIA INDUVÍDO SA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPROVIMENTO.

Resultando do conjunto probatório, sobretudo da prova indiciária, elementos de convicção que autorizam o decreto condenatório, pouco importa a obtenção de proveito patrimonial, no latrocínio.

Ap. Crim. 36/90. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 36/90, de Vitória da Conquista, sendo apelante Ziziu Valério e apelado o Ministério Pú blico.

O relatório de fls. 151 e segs., parte integrante deste, noticia a condenação do apelado como incursão nas penas do art. 157, § 3º, do Código Penal, a 15 anos de reclusão.

A irresignação da defesa entendeu que a sentença condenatória, por haver se firmado, exclusivamente, na prova indiciária e não num conjunto probatório harmonioso, lógico, capaz de levar a um convencimento induvídos, exigido na lei, na doutrina e na jurisprudência, deve ser reformada, para ser o apelante absolvido.

Mas razão não lhe assiste. Induvídos a prova da materialidade e não menos substancial e forte a prova da auto-

ria, suficiente, portanto, para legitimar a condenação. Incontestável o assédio do apelante à vítima, de tal ordem que a obrigava a se esconder dele e confidenciar às vizinhas que o temia, tudo porque se achava obsecado pela vontade de possuir o imóvel pertencente a Durvalina, a vítima, venda que lhe fora várias vezes negada. Nesse sentido, a prova testemunhal é eloquente (Martiniano Pereira da Silva, fl. 12; Termo de Aca reação de fls. 21/22, 79, Almira Pereira Santos; Martiniano Pereira da Silva, fl. 81).

Por outro lado, o argumento de ser o apelado paraplégico não é suficiente para contrariar o conjunto probatório, nem se constituindo em óbice para a perpetração do crime, visto que todo paraplégico, por lhe faltarem as pernas, sempre desenvolve os músculos dos braços e, no caso do apelante, pode ele se locomover com muletas pelas ruas, portando, inclusive, até bolsa tiracolo (fls. 13, 14, 82 e 83). Poderia, conseqüentemente, empunhar a marreta, pesando 1,200kg e desferir os golpes na anciã, segundo afirmou a ilustre promotoria pública (fls. 139 e 115).

O conjunto probatório é claro – a arma do crime e a camisa do apelante com vestígios de sangue (fls. 35 a 37; 41 a 43), o registro do imóvel cobiçado (fls. 26 a 32), todos encontrados na residência do apelante (fl. 25), definem o quadro –, o apelante entrou na casa da vítima para subtrair a escritura da casa, mas não a encontrou porque a anciã a levava sempre consigo – cuidava da escritura como de uma filha! (fls. 79/12 e 22) – ou a escondia. Aguardou que a vítima chegasse, se preparasse para dormir, o que fazia com a escritura a seu lado (fl. 79) e a matou com a marreta, levada na bolsa tiracolo, apoderando-se dos papéis e evadindo-se, sendo visto por duas testemunhas (fls. 13, 14, 82 e 83).

Assim, a configuração do latrocínio é indiscutível. A escritura subtraída da vítima foi encontrada na casa do apelante (fl. 25), onde só poderia estar depois de arrancada do poder de Durvali-

na, tal o cuidado maternal que dispensava ao documento, segundo evidencia a prova testemunhal.

As atitudes pregressas do apelante (fls. 12, 13, 14, 21, 79, 81, 82 e 83), o recibo falsificado de que ele dispunha, mesmo sendo a vítima analfabeta, tornam indubitável a prova da autoria.

Não pode prevalecer o argumento de que o decreto condenatório teria se airmado em prova indiciária, tanto mais quando, conforme é assente na doutrina e na jurisprudência, prestigiando a disposição legal (art. 239, CPP), o legislador admitiu os indícios como meio de prova, não sendo possível negar, no sistema atual do livre convencimento, possa o juiz proferir sentença condenatória, apoando-se na prova indiciária, mesmo sendo a única de que se possa valer o julgador para restaurar os fatos (ver *Processo Penal*, Fernando da Costa Tourinho Filho, 10. ed., v. 3, p. 310/311).

No mesmo sentido a jurisprudência:

“Os indícios, quando concludentes, todos, em recíproco apoio à exclusão de todas as hipóteses favoráveis ao réu, não dão lugar à simples presunção, mas constituem prova suficiente para autorizar a condenação.

Doutrina Mittermaier que “é certamente uma das questões mais importantes que se pode levantar em matéria de processo criminal, a de saber se o concurso de indícios, por mais numerosos que sejam, pode alguma vez fazer a prova dos fatos e suficientemente sustentar uma condenação. Sabe-se que a maior parte das vezes só esta prova se dá na causa, e se o legislador quiser repelir toda a sentença afirmativa nela baseada, há de resolver-se a ver absolver, por falta de outras provas, um grande número de verdadeiros criminosos. Se, ao contrário, deixar ao juiz o poder de condenar, terá este em suas mãos um direito temível de vida e de morte, e que pode facilmente degenerar em perigoso abuso” (*Tratado da Prova em Matéria Criminal*, versão portuguesa p. 523) (ac. unâm. da Câm. Crim. do TJ-SC, de 06.04.51, no agr. 1.893, de S.

Bento do Sul, rel.-des. Osmundo Nóbrega, *Jurisp.*, 1951, p. 173).

Por outro lado, é desprezível a idéia de que o apelado, subtraendo para si a escritura, jamais poderia transmudar-se em proprietário. Também, no particular, a jurisprudência é pacífica:

“Firmou-se no STF jurisprudência no sentido de que se configura o latrocínio ainda quando não se tenha efetivado a subtração patrimonial. Em consequência, competente para o processo é o juiz singular, e não o Tribunal do Júri (STF, HC, rel.-min. Sidney Sanches, RT 591/425/426).

.....
“É irrelevante, no latrocínio, o fato de os agentes não terem obtido qualquer proveito patrimonial. Cuida-se de crime complexo, sem dúvida, mas a morte da vítima é o bastante para caracterizar o latrocínio como crime consumado e não tentado (TJ-SP – AC – RTJ-SP 88/379 – rel.-des. Diwaldo Sampaio).

Assim, *data venia* do parecer da doura Procuradoria, considerando tudo que dos autos consta, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 6 de novembro de 1990. Raymundo Vilela – Presidente e Relator.

LEGÍTIMA DEFESA.

Recurso criminal ex officio decorrente da absolvição sumária do acusado, pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa. Improvimento do recurso de ofício, único interposto.

Rec. Crim. 82/89. Relator: Des. JAYME BULHÓES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso criminal 82/89, da co-

marca da Capital, em que é recorrente o Dr. Juiz de Direito da 1^a Vara do Júri e recorrido José Valentim 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 excellentíssimo senhor doutor procurador de Justiça como parte integrante de sua decisão, em negar provimento ao recurso de ofício, único interposto, pelas razões adiante expandidas.

José Valentim dos Santos, vigia noturno, foi denunciado como incursão nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, por haver, no dia 7 de julho de 1985, por volta de 1h30min, na rua das Flores, prédio 22, Baixa dos Sapateiros, quando em serviço, provocado a morte, mediante deflagração de arma de fogo, de Luiz Ângelo de Jesus, conforme atesta o laudo de fls. 53 a 55 dos autos.

O Ministério Público, por seu representante, nas alegações finais, argüindo que "... a reação defensiva do acusado legitimou o cometimento do ilícito penal objeto dos autos", peticiona a aplicação do preceituado no art. 411 do diploma processual penal.

A defensoria, na mesma oportunidade, sustentando ter o réu agido em legítima defesa própria, pugna pela absolvição.

O doutor juiz de direito da 1^a Vara do Júri, em decisão de fls. 176 a 180, houve por bem absolver, sumariamente, a José Valentim dos Santos, nos termos do art. 411 do Código de Processo Penal, recorrendo, *ex officio*, da decisão.

A dnota Procuradoria de Justiça, no parecer 147, opina pelo improvisoamento do recurso, considerando comprovada, estreme de dúvidas, a excluente do art. 25 do Código Penal.

Tudo visto e devidamente examinado.

O excellentíssimo senhor doutor juiz de direito da 1^a Vara Privativa do Júri recorreu, *ex officio*, da decisão em que absolveu, sumariamente, a José Valentim dos Santos, da prática do delito previsto no art. 121 do Código Penal, en-

tendendo plenamente caracterizada a excluente de ilicitude da legítima defesa.

O ilustre procurador de Justiça, no parecer 147, opina pelo improvisoamento do recurso, uma vez que comprovada estreme de dúvidas a excluente do art. 25 do Código Penal.

De fato, não carece de reforma a decisão do ilustre *a quo*, pois a legítima defesa está indubitavelmente provada, tanto pelos depoimentos das testemunhas, quanto pelas provas periciais.

Comprovou-se que o recorrido reagiu moderadamente e com os meios adequados à agressão perpetrada pela vítima, que sacara de uma arma e disparara duas vezes contra ele, tendo o segundo disparo atingido o recorrido.

A doutrina e a jurisprudência pátrias são pacíficas, no entendimento de que a absolvição sumária se justifica, em casos onde a legítima defesa seja claramente constatável:

"Constituindo a legítima defesa, no sistema jurídico-penal vigente, uma causa de exclusão da antijuridicidade, tem-se que quem defende, embora violentamente, o bem próprio ou alheio, injustamente atacado, não só atua dentro da ordem jurídica, mas em defesa dessa mesma ordem. É que, na legítima defesa, não é o poder público que confere ao agente a faculdade de repelir a violência pela violência, visto que tal atitude constitui um direito primário do cidadão".

"A legítima defesa é expressa pela reação necessária contra uma agressão injusta, atual ou iminente, não excedente da necessidade de amparar o direito que se procura defender, a qual pode ser exercitada não só pelo atacado como também por terceiro" (TS-MT, rec. crim., rel.-des. João Luís da Fonsêca - RT 383/291).

"Quem percebe a invasão de seu domicílio durante a noite, mediante o arrombamento do telhado, e detona, por uma vez, seu revólver, vindo a ferir de morte o invasor, tem em seu favor o estado de legítima defesa da propriedade" (TJ-PR, rec. crim., rel.-des. Álvaro

Souza - RT 392/351).

"Age em legítima defesa quem, logo após ter sido agredido pela vítima, desfecha-lhe um único tiro de revólver, matando-a" (TS-MT, rec. crim., rel. des. Gervásio Leite - RT 392/367).

"Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária, a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos" (STF - RTJ 63/833 e 61/334).

"A absolvição sumária somente é autorizada quando há prova escorreita e estreme de dúvida, a respeito da invocada excludente" (TJ-RS, 1^a Câm. Crim, rec.-crim. 3.793, rel. Manoel Brustolone Martins - J. 26.12.62 - V. U., RT 62/258).

As provas dos autos evidenciam que José Valentim dos Santos agiu em legítima defesa, quando matou Luiz Ângelo de Jesus, após ser por este atingido com um disparo da arma de fogo portada pela vítima.

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o parecer exarado pelo excelentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, decidiu a Câmara, à unanimidade, manter, por seus fundamentos, a sentença recorrida, que bem apreciou a prova e ajustou o caso aos preceitos legais vigentes.

Salvador, 13 de março de 1990.
Raymundo Vilela - Presidente. Jayme Bulhões - Relator.

LEGÍTIMA DEFESA. DECISÃO DO CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS OU CIRCUNSTÂNCIAS DESCARACTERIZADORAS DA DESCRIMINANTE. DECISÃO COMPATÍVEL COM A VERSÃO DO AGENTE. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Inexistindo testemunhas visuais de fato ou outros meios de provas capazes de desfigurar a descriminante, a versão do agente merece crédito, como admite a jurisprudência dominante.

Ap. Crim. 66/90. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 66/90, da Capital, sendo apelante o Ministério Pú- blico e apelado José Nilton Silva Bar- bosa.

O relatório de fls., parte integrante deste, noticia a absolvição do apelado pelo Conselho Especial de Justiça, com fundamento no art. 439, d, do Código Penal Militar, reconhecendo a existência da circunstância que excluía a ilicitude do fato.

Na condição de delegado de Polícia, no município de Paulo Afonso, no dia 22 de novembro de 1980, o apelado saiu em diligência com cinco soldados, com o objetivo de apurar tentativa de homicí- dio na pessoa de Marino Francisco de Sá, que teria sido praticada por filhos da vítima, Estêvão Soares da Silva, recu- sando-se este, quando instado a fazê-lo, a informar o paradeiro dos possíveis criminosos.

Durante as investigações José Nil- ton viu-se envolvido numa briga com Estêvão, que, libertando as mãos das amarras, tentou arrebatá-lhe o revólver que lhe era apontado, provocando briga com o delegado. Este, caindo ao solo, efetuou disparos que causaram a morte da vítima.

Nas razões do recurso, a ilustre Promotoria acentua:

"O momento do monstruoso crime não foi presenciado por ninguém, pois saíram apenas os dois (apelado e vítima) e a filha da vítima, Maria da Conceição Ferreira, somente viu quando o pai era amarrado pelas mãos e conduzido da sua casa" (fl. 73).

O parecer da douta Procuradoria

destacou a narração do momento consumativo do evento, na palavra do próprio apelado:

“... quando se afastava do velho para evitar a pedrada, tropeçou e caiu, e para não ser atingido pelo agressor disparou contra o mesmo, sendo no entanto alvejado por forte pedrada” (fl. 31).

Cuida-se, como é fácil perceber, de descriminante cuja narração somente é feita pelo autor, uma vez que não houve testemunha do momento consumativo.

Inexiste laudo pericial e de exame de lesões corporais sofridas pelo autor, nos autos de restauração. O laudo de exumação pouco esclarece porque não positiva o sentido e direção das balas, deixando indagações sobre as posições da vítima e do acusado (fls. 35/36 v).

Maria da Conceição Pereira de Sá, filha da vítima, apenas presenciou o início do crime, isto é, quando o apelado amarrava as mãos da vítima com o próprio cinto (fl. 20).

Em tema de legítima defesa, a integração dos elementos que a configuram, de modo claro e inequívoco, é imprescindível. Entretanto, *in casu*, trata-se de evento ocorrido sem a presença de testemunhas, inexistindo elementos de convicção desautorizadores da alegação. Na hipótese, a jurisprudência, pacificamente, admite a versão oferecida pelo réu:

“Em tema de legítima defesa, não há exigir para o acolhimento da justificativa prova cabal de sua existência, posto que, a contrário, tal critério ensejaria iniquidades, quando, praticado o fato numa das condições previstas em lei como elidente da criminalidade, não socorre ao agente a presença de testemunhas” (TACrim.-SP, AC, rel.-juiz Costa Mendes – JUTACRIM 40/223).

“Às palavras do réu deve ser dado um crédito se, na ausência de testemunhas visuais do fato, nenhuma outra prova existe nos autos que a contrarie” (TJ-MT, AC, rel.-des. Milton Figueiredo Ferreira Mendes – RT 4 522/440).

A versão do apelante é a única existente nos autos, acerca do momento consumativo do fato. Ela não se contrapõe a qualquer outra nem se pode, em face do conjunto probatório, chegar a outro entendimento. A íntima convicção do Conselho Especial de Justiça, apoiada na versão do autor, não pode ser acoimada de destoante das provas, como acentuou o parecer da dota Procuradoria.

Assim, acolhendo o parecer e considerando tudo o mais que dos autos consta, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 16 de outubro de 1990. Raymundo Vilela – Presidente e Relator.

LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DA DESCRIIMINANTE EM CONCURSO DE AGENTES. LIMITE DA SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR. PROVIMENTO.

A soberania do Tribunal do Júri, constitucionalmente reconhecida, não contempla decisão arbitrária, sem amparo na prova dos autos.

Ap. Crim. 115/90. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 115/90, de Camacã, sendo apelante o Ministério Público e apelado Ubaldino Pereira Leal.

O relatório de fls., parte integrante deste, coloca a questão nos seus exatos limites – segundo o apelante, o Ministério Público, a absolvição do apelado,

com fundamento em que estava acobertado pela excludente da legítima defesa putativa, na forma tentada, contraria manifestamente a prova dos autos.

E razão assiste ao Ministério Públíco. A prova carreada para os autos, nada obstante a soberania do júri, não autoriza a versão acatada.

Evidentemente, o apelado, na fase judicial, insinua que, aps rápida troca de palavras com a vítima, fora obrigado a atirar, logo que ela bateu a mão na arma. Diz mais que Pedro chegou a sacar o revólver da cintura com a capa e tudo (fl. 143v).

Mas, na realidade, a motivação do crime é outra e os fatos, com certeza, não se passaram como relatados pelo apelado. O próprio Ubaldino Pereira Leal, neste mesmo interrogatório, admite ser adversário político da vítima e que tenha sido levado a atirar, "foi a cabeça quente". Por sua vez, também a vítima admitiu, ainda hospitalizada, questão política, como o único motivo da tentativa (fls. 5 e v).

Há prova que Ubaldino e mais dois indivíduos não conhecidos de Samuel Jose de Brito tivessem rondado as imediações da propriedade da vítima (fl. 14v).

Só na versão do apelado, a vítima portava arma. Admitida a hipótese, estariam em face de legítima defesa autêntica e nunca em face da discriminante putativa, na forma tentada. Entretanto, ninguém mais se refere a tal circunstância.

Houvesse o crime ocorrido sem a presença de testemunhas – e não foi o caso! – possibilitando, como admite a jurisprudência dominante, acolher a palavra do réu, se coerente com as demais provas, ainda assim, no caso dos autos, o conjunto probatório não favoreceria o apelado.

Ora, a agressão na legítima defesa putativa é suposta, imaginária. No caso dos autos, é impossível admitir possam Ubaldino e Ailton, em conjunto, com rigor matemático, supor agressão capaz de levá-los a atirar na vítima, configurando a discriminante. A impossibilida-

de é gritante.

Ademais, como sublinhou o douto procurador, em seu parecer, "a artilharia com disparos de espingarda e revólver não justificaria a discriminante reconhecida pelo Conselho de Sentença, por falta de moderação na repulsa", inexistiria o requisito do uso moderado dos meios necessários.

A vítima se encontrava de pé, despreocupada, e o apelado de carro, portando arma e em companhia de Ailton, também armado.

A decisão é, portanto, manifestamente contrária à prova dos autos.

Na lição de José Frederico Marques (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. 3, p. 262), o conceito de soberania do júri corresponde "à impossibilidade dos juízes togados se substituirem aos jurados na decisão da causa", para significar que o provimento do apelo acarreta novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

O júri é soberano para optar, por exemplo, entre duas versões possíveis, espelhadas nos autos; nunca, porém, de modo arbitrário, extravagante, manifestamente contrário à prova dos autos.

Em face do conjunto probatório acolher a versão, haja o apelado, quando atirou na vítima, imaginado situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima, para isentá-lo de pena, com fundamento no § 1º, art. 20 do Código Penal, é reconhecer possa o Conselho de Sentença, sob o color de decisão soberana, decidir contrariamente à prova dos autos.

O parecer da douta Procuradoria apreciou a prova testemunhal e demais elementos probatórios constantes dos autos e concluiu pelo provimento do apelo.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em dar provimento ao apelo, para mandar o réu a novo julgamento.

Sala das Sessões, 5 de março de 1991. Jorge Fernandes Figueira – Presidente. Raymundo Vilela – Relator.

MANDADO DE NOTIFICAÇÃO. FALTA DE ASSINATURA DO ADVOGADO. PESO DA MACONHA. DIVERGÊNCIA. ENTORPECENTE. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. RELAÇÃO ENTRE O CRIME E A RÉ.

A falta de assinatura do advogado no mandado de notificação não anula o processo se por outros meios o advogado soube da designação da audiência. Não existindo divergência quanto ao peso da maconha encontrada, quer no laudo de constatação, quer no laudo definitivo, rejeita-se a argüição de nulidade. O material encontrado é entorpecente, logo, constitui crime ou elemento do crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76. A sentença, estando fundamentada na razão do convencimento do juiz, não merece reparo, porque está em consonância com o conjunto das provas dos autos. Não havendo relação entre o crime e a apelante, impõe-se a absolvição.

Ap. Crim. 172/89. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal 172/89, da Capital, sendo apelantes Raimundo Nonato de Freitas e Maria de Lourdes Santos e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, integrando o presente o voto que acompanha, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em dar provimento parcial ao apelo, absolvendo a apelante.

Voto

Considerando que o apelo não foi arazoado, examinemos pelas razões avocadas nas alegações finais. Ali, pede-se a nulidade do processo, a partir do

início da instrução, porque, no mandado de notificação para a audiência, o advogado não assinou o mandado. Alega também que existe uma dúvida quanto à quantidade de maconha apreendida entre o laudo de constatação e o laudo definitivo. Que no laudo definitivo, apesar de afirmar ser a substância apreendida *cannabis sativa*, na conclusão, os peritos afirmam não existir a substância TMC que causa a dependência psíquica, consequentemente, não se pode afirmar que a maconha contenha o princípio ativo que a torna prejudicial à saúde. Que o denunciado foi preso em local bem distante de onde foi apreendida a maconha, logo, não se pode afirmar ser ele uma pessoa traficante e os depoimentos dos policiais são suspeitos por serem inimigos do denunciado. Que a denunciada vive exclusivamente de seu trabalho de vendedora de mingau na feira do Japão, sem saber da existência no fundo do quintal de maconha.

A primeira alegação dos apelantes é uma preliminar de nulidade do processo a partir do início da instrução, porque o advogado não assinou o mandado de notificação. De fato, o advogado dos apelantes não assinou o mandado de fl. 79, porém retirou os autos do cartório, sabendo da audiência designada, conforme consta da carga assinada (vide fl. 80). Esta também foi a afirmação do doutor juiz de direito (vide fl. 105).

A audiência foi realizada com o defensor dativo, que supriu a ausência propositada e injustificada do advogado dos apelantes. Logo, não existe nulidade a declarar.

Rejeito, pois, essa preliminar de nulidade.

Em relação ao peso da maconha encontrada, que no laudo de constatação pesou 28 quilos e 130 gramas, enquanto no laudo definitivo foram encontrados 28 quilos e 138 gramas, não corresponde à realidade. No laudo de exame de constatação (vide fl. 09), foram encontrados 28 quilos e 138 gramas, sendo retirados oito gramas para exame. O mesmo peso foi encontrado no laudo

definitivo (vide fl. 60). Portanto, não existe a divergência apontada pelos apelantes.

Não é correta, também, a afirmação dos apelantes, que a maconha não contém o princípio ativo que a torna prejudicial à saúde. Os peritos afirmaram tratar-se de entorpecente, conforme Portaria 28/86 do Dimed/MS, publicada no Diário Oficial da União de 18 de novembro de 1986.

Tratando-se de entorpecente, constitui crime ou elemento do crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76.

Em relação à negativa de autoria, temos a considerar que a sentença fundamenta a razão do convencimento do juiz (vide fl. 107).

De fato, o apelante Raimundo Nonato de Freitas admitiu em juízo que guardara a maconha a pedido de um seu conhecido (vide fl. 47).

Suas declarações estão em consonância com o conjunto das provas dos autos.

Em relação, entretanto, à apelante Maria de Lourdes Santos, temos a considerar que nos autos não encontramos qualquer participação efetiva dela no crime, a não ser por presunção. No interrogatório, em juízo, nega saber da existência da maconha em sua casa (vide fl. 48).

O depoimento dos policiais (vide fl. 81 e 82) não dá uma certeza quanto ao fato da denunciada apelante saber da existência da maconha.

No máximo, ela poderia presumir porque sabia que seu marido era dado ao tráfico de tóxico. Exigir-se dela que jogasse a sacola fora ou que denunciasse o crime contra o seu marido, parece-me demais.

Não vejo nenhuma relação entre o crime – guardar ou traficar entorpecente – e a apelante.

Com essas razões, dou provimento parcial ao apelo para absolver Maria de Lourdes dos Santos da imputação que lhe foi feita.

É o voto.

Sala das Sessões da 1^a Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça

do Estado da Bahia, 13 de novembro de 1990. Raymundo Vilela – Presidente. Jatahy Fonseca – Relator.

ROUBO.

Roubo consumado, com a participação de duas pessoas. Provimento do apelo, para agravamento das penas impostas aos apelados.
Ap. Crim. 240/84. Relator: Des. JAYME BULHÕES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 240/84, da Capital, em que é apelante a Justiça Pública e apelados José Raimundo Matos e Roque Oliveira Bispo.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto discrepante e acolhendo, em parte, o parecer do excelentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, em dar provimento ao apelo interposto, para majorar as penas impostas aos apelados, pelas razões adiante expostas.

Roque Oliveira Bispo e José Raimundo Matos foram denunciados como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, pelo fato de, em 6 de outubro de 1982, haverem penetrado no apartamento 702, do Edifício Otaviano, localizado no Parque Júlio César, na Pituba, onde espancaram e amarraram com fio telefônico Francisca Maria Gama dos Santos Forte, Maria Aparecida Forte e esfaquearam Irineu Bispo dos Santos, quando acorria ao local, em socorro das vítimas.

O Ministério Públíco, por seu representante, nas razões finais, alegando estarem sobejamente provadas a autoria e materialidade da infração, requereu fossem ambos condenados nas penas previstas no artigo consignado na denúncia.

José Raimundo, por seu advogado, também em oportunidade de ultimação do sumário, sustentando que o fato criminoso em apreciação não se enquadra nas condições descritas na peça vestibular acusatória, peticionou fosse a mesma julgada improcedente, ao tempo em que requeria a desclassificação para o ilícito previsto no art. 129 do mesmo diploma legal.

Procedimento semelhante foi adotado por Roque Oliveira Bispo, por seu defensor, no mesmo momento processual.

O doutor juiz de direito da Vara Distrital Amaralina-Pituba, em sentença de fls. 192 *usque* 201, houve por bem condenar os réus como incursos nas penas do art. 157, § 2º, I e II, combinado com o art. 12, II, ambos do Código Penal, pelo que aplicou ao primeiro acusado a sanção de quatro anos, cinco meses e 10 dias de reclusão, mais a multa de Cr\$8.000,00; ao segundo, a sanção de três anos, seis meses e 20 dias de reclusão.

A Promotoria Pública, por seu preposto, insatisfeita com a sentença proferida, interpôs recurso de apelação criminal, peticionando fosse aditada a imputação da prática de lesões corporais e que, com base na mais recente doutrina, seja considerado o roubo como consumado e não tentado, pois, "sendo o delito complexo, deve ser o mesmo entendido como consumado quando exaurido em relação a qualquer dos dois interesses tutelados pela lei penal: o patrimônio ou a pessoa".

Roque Oliveira Bispo, por seu defensor, em contra-razões, sustenta o acerto da sentença em considerar que consumada não foi a infração perpetrada, pelo que requer seja a mesma confirmada.

José Raimundo Matos, apesar de notificado na pessoa de seu advogado, não contra-arrazoou o recurso.

A Procuradoria de Justiça, por seu ilustre representante, que subscreve o parecer 1.120, manifestando-se no sentido de dever ser acolhida a hipótese de

concurso material de infrações, como também o entendimento jurisprudencial de que sendo o roubo um crime complexo, o crime-meio pode ser considerado crime consumado, opina para que seja reformada a sentença recorrida, com base nas razões anteriormente expostas.

Tudo visto e devidamente examinado.

A Promotoria Pública, irresignada com a sentença que condenara Roque Oliveira Bispo e José Raimundo Matos às penas de quatro anos, cinco meses e 10 dias de reclusão, com multa de Cr\$8.000,00, e três anos, seis meses e 20 dias de reclusão, respectivamente, pela prática do crime capitulado no art. 157, § 2º, I e II, combinado com o art. 12, II, ambos do Código Penal, interpôs, por seu ilustre representante, recurso de apelação criminal, requerendo seja aditada a imputação do cometimento de crime de lesões corporais, e que se desconsidere a hipótese de roubo tentado, para se admitir, com base na mais recente doutrina e jurisprudência, a de roubo consumado.

O primeiro apelado, por seu defensor, em contra-razões, sustenta o acerto da sentença recorrida, que considera a infração apenas como tentada, requerendo, por conseguinte, a manutenção da mesma.

O segundo apelado, apesar de notificado na pessoa de seu advogado, não apresentou contra-razões.

Demonstram os autos, através de toda a instrução criminal, a prática de lesões corporais em Francisca Marina Gama dos Santos Forte, Maria Aparecida Forte, e lesões graves, porquanto causaram perigo de vida, a Irineu Bispo dos Santos.

Atestam os laudos de exames de lesões corporais de fls. 52, 53, 54 verso a ocorrência das seguintes lesões:

a) quanto a Maria Aparecida Forte: hematoma e edema localizados na região periorbitária direita; hematoma na região interna do lábio superior; arranhaduras localizadas na região cervical;

b) quanto a Francisca Marina Gama dos Santos Forte: hematoma e edema

localizados nas regiões periorbitária direita e face lateral do antebraço esquerdo; ferida linear localizada nos pulsos;

c) quanto a Irineu Bispo dos Santos: ferida linear com bordas regulares, localizada nas costas e provenientes de corte de peixeira.

Apesar da evidência do cometimento de crime contra integridade física, o excellentíssimo senhor doutor juiz de direito da Vara Distrital de Amaralina-Pituba deixou de considerar a existência de concurso material de crimes, referentes às lesões provocadas em Irineu Bispo dos Santos, já que as encontradas em Maria Aparecida Forte e em Francisca Marina Gama dos Santos Forte constituem, por si, consequências de elemento caracterizador e tipificativo do crime de roubo.

Art. 157:

“Subtrair coisa móvel, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

Discute-se, ainda, quanto ao fato da ação delituosa contra o patrimônio ter-se apresentado na forma da tentativa, ou se ultrapassou essa fase, atingindo, então, a sua consumação.

A respeito, dispõe Basileu Garcia, em *Instituições de Direito Penal*, v. 1, t. 1:

“Na tentativa, a atividade do agente é mais ou menos coroada de êxito, embora não alcance o resultado em mira. Ele realiza atos mais ou menos idôneos, mais ou menos habéis para obter o evento que não atinge”.

Pelo exposto, e com base no que assevera o mestre Nelson Hungria, de que, “se após o emprego da violência pessoal não puder o agente, por circunstância alheia à sua vontade, executar a subtração, o ato será a tentativa de roubo”, concluiríamos, inexoravelmente, pela hipótese de que a infração cometida, no acaso *sub judice*, se enquadraria nos dizeres do supra-aludido autor, se não observássemos a jurispru-

dência mais recente a esse respeito.

É conhecido o eterno conflito das leis contra os fatos sociais. Estes, por mais dinâmicos, encontram-se num processo de permanente mudança, o que, por sua natureza, e pela dificuldade de se obter um mesmo ritmo legislativo, não são tratados pelas normas jurídicas com a mesma atualidade que deveriam.

Encontra-se aí o papel apaziguador da jurisprudência, que, posicionando-se inovadoramente em relação à lei aplicada, conduz os fatos a um tratamento jurídico mais equânime com a realidade vigente.

Dessa forma, em face da insegurança social, onde os homens temem os próprios homens, a jurisprudência não só dos tribunais estaduais, como também do órgão supremo da magistratura nacional, têm-se posicionado no sentido de que é suficiente a agressão à integridade física de um cidadão, ou apenas a ameaça, com intuito de apoderar-se de elemento patrimonial da vítima, para que se considere tal ato como roubo consumado. Senão vejamos:

“No roubo, como no latrocínio, o elemento que prepondera para dar-se o crime como consumado é a violência à pessoa. Assim, verificado o evento lesivo à integridade corporal, não importa a ausência da efetiva subtração material para que se configure o crime” (TACrim.-SP, rev. crim. 16/29).

“Positivados os ferimentos na pessoa da vítima, considera-se consumado e não tentado o delito do artigo 157 do Código Penal, independentemente de ter ou não o réu a posse tranquila da *res furtiva*” (TACrim.-SP, ap. crim. 15/207).

“Positivados os ferimentos na pessoa da vítima, tem-se como consumado o crime de roubo, independentemente do dano patrimonial” (JUTACrim.-SP, rev. crim. 18/29).

“O simples fato de não conseguir o meliante, após a prática da violência ou grave ameaça, retirar a coisa do local do crime, não basta à desclassificação deste para a modalidade tentada” (ap. crim.

“O roubo deve ser entendido como consumado quando exaurido em relação a um dos dois interesses tutelados pela lei penal: o patrimônio ou a pessoa” (TACrim.-SP, rev. crim. 46/47).

Em face do exposto e tudo o mais que dos autos consta, harmônica com o parecer emitido pelo excellentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, decidiu a Câmara dar provimento à apelação interposta pela Promotoria Pública, para condenar Roque Oliveira Bispo a seis anos e oito meses de reclusão – pena-base de cinco anos com aumento de um terço, em face do emprego de violência e do concurso de outra pessoa; pagará, ainda, 10 dias-multa, à razão de Cr\$800,00 por dia.

Quanto a José Raimundo Matos, sua condenação fica fixada em cinco anos e quatro meses de reclusão – pena-base de quatro anos de reclusão mais um terço, pelo emprego de violência e participação de outra pessoa; pagará, também, ainda, a pena de 10 dias-multa, no valor de Cr\$600,00 por dia-multa.

Custas, na forma da Lei.

Publique-se e registre-se, intimando-se os interessados, pelas vias regulares.

Salvador, 1º de outubro de 1985.
José Abreu – Presidente. Jayme Bu-
lhões – Relator.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. CRIMES DOS ARTS. 129, CAPUT, e 331 DO CÓDIGO PENAL.

Apelo interposto por representante do Ministério Pùblico que substituiu aquele que acompanhara o processo e se manifestara pela absolvição. Conhecimento e improvimento, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Ap. Crim. 170/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 170/89, de Juazeiro, sendo apelante o Ministério Pùblico e apelado Gilson Ramos Borges Viana.

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. 59/60, e lido na íntegra.

Não obstante a situação inusitada que os autos retratam, em que nas alegações finais postulara o Ministério Pùblico, que acompanhara a ação penal, a absolvição, outro representante do *Parquet* diverge daquele entendimento e interpõe o recurso apelatório, com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal, e pleiteia a condenação do acusado, com a reforma da sentença recorrida.

Poder-se-ia considerar, no particular, configurada hipótese de falta de interesse para recorrer, mas tal não ocorre, consoante orientação doutrinária e jurisprudencial, no particular, de vez que, *in casu*, as posições divergentes não vulneram o princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Pùblico.

E conhecido o recurso, porque tempestivo, nega-se-lhe provimento, *data veria* do entendimento da dota Procuradoria de Justiça, expresso no parecer de fls. 71/73.

Imputados ao acusado, ora apelado, os crimes dos arts. 129, *caput*, e 331 do Código Penal, após a instrução criminal, e produzidas as alegações finais, o ilustre *a quo*, ao exame da prova produzida, quer por iniciativa da acusação, quer da defesa, exarou sentença absolutória em face da inexistência de elementos configuradores da culpabilidade do acusado, tendo em vista que a prova carreada para os autos não fornece base bastante para uma condenação.

E esta é, sem dúvida, a realidade

fática, no caso em tela.

A rigor, defronta-se o julgador com as versões oferecidas pelo acusado, no interrogatório de fls. 31/32, e pelo ofendido (fl. 48), pelas quais ambos afastam de si a iniciativa do incidente havido entre eles, no interior da Delegacia de Polícia.

À análise da prova testemunhal verifica-se que ela não propicia o mais leve elemento de convicção em torno do episódio, com o sentido de definir responsabilidade penal do acusado.

Os únicos depoentes (fls. 41, 49), policiais que se encontravam presentes no local do acontecimento, são imprecisos, reticentes, omissos no esclarecimento do fato, tangenciando todos quanto à realidade fática, objeto da acusação.

Assim, ao exame da prova produzida em juízo, tem-se configurada, no caso *sub judice*, a hipótese do art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

O douto representante do Ministério Público do segundo grau (parecer de fls. 71/73), louva-se nos elementos informativos do inquérito policial, inclusive do auto de prisão em flagrante, para manifestar-se pelo provimento do recurso.

Mas, tais elementos informativos não podem servir para embasar a condenação, porque colhidos sem a assistência da defesa e, consequentemente, sem o crivo do contraditório.

Nessas condições, assegurando-se incensurável a sentença recorrida, nega-se provimento ao apelo.

Sala das Sessões, 8 de março de 1990. Ivan Brandão – Presidente e Relator.

CO-AUTORIA. COMPROVAÇÃO.

Confissão detalhada no inquérito policial, retratação no sumário, onde se nega conhecer o principal acusado, explicações relutantes e,

sobremodo, inconvincentes no plenário de julgamento, por serem manifestações que não guardam entre si o mínimo de compatibilidade e coerência, não se prestam a infirmar a escancarada co-autoria do apelante, aceita pelo júri e retratada em inúmeras passagens da prova testemunhal que o flagrou, primeiro, em atitude insofismavelmente instigatória e, posteriormente, na posse do pedaço de pau, instrumento de sua participação criminosa. Apelo improvido.

Ap. Crim. 250/87. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 250/87, da Capital, sendo apelante Arlindo Correia da Cruz Filho e apelado o Ministério Públíco.

Acordam os senhores desembargadores da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em negar provimento ao apelo, à unanimidade.

José Batista Freire, conhecido por “Zé de Domicílio”, e Arlindo Correia da Cruz Filho, vulgo “Louro”, nestes autos identificados, respectivamente, às fls. 39 e 41, foram denunciados como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, I (motivo torpe), combinado com o art. 29 do mesmo diploma legal.

Submetidos, em épocas diferentes, foram os pronunciados a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo o primeiro condenado a sete anos de reclusão e o segundo, ora apelante, a cinco anos de reclusão, consoante sentenças de fls. 194 a 195 e 220 a 221.

Dessa última decisão, a de fls. 220 a 221, interpôs o recurso de apelação o réu Arlindo Correia da Cruz Filho, a tempo (fl. 227), apresentando, a fl. 229, as suas razões, concluindo ser a decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos, já que não existe prova de

sua co-autoria no evento delituoso, o homicídio praticado na pessoa de Marilza Souza Conceição.

O Ministério Público, apelado, às fls. 232 a 233, apresenta as suas contrariedades, onde fundamenta a participação do apelante no homicídio, aplicando cacetadas na vítima.

O doutor procurador, em parecer de fls. 238 a 240, ressalta que os autos não deixam dúvidas quanto à participação do apelante no crime, embora a negasse, quando interrogado, no sumário, retratando-se do quanto declarou no interrogatório, na polícia.

Opina pelo improviso.

É o relatório.

Na verdade, a participação do apelante no homicídio de Marilza Souza Conceição é deduzida das declarações, em interrogatório de José Batista Freire, na fase inquisitorial, fl. 9, onde afirma, categoricamente, que, após ser ferido por Marilza com uma tesoura, na porta de um bar, segurou-a, mas ela conseguiu se soltar, descendo rua abaixo; que ele, José Batista Freire, juntamente com "Louro", o apelante, seguiram Marilza e, depois de andarem aproximadamente 30m, golpeou-a com a mesma tesoura, com que fora ferido, enquanto "Louro", Arlindo Correia da Cruz Filho, aplicava-lhe algumas pauladas, com um pedaço de pau que portava.

Embora negue esses fatos, quando interrogado em júzio, sob a alegação de coação, que não comprovou, a versão encontra apoio em algumas circunstâncias, como a presença do apelante no local, consoante confessa ele em seu interrogatório, no inquérito policial, à fl. 20, testemunhando que José Batista foi o autor das "tesouradas", como das "cacetadas", como confessando, ali, que foi encontrado com o "cacete", na mão, embora justifique que o tomara das mãos de José Batista, após o crime.

A testemunha Roberto Sales Ferreira, no auto de prisão em flagrante delito, à fl. 6, confirma que encontrou, no local do delito, os dois denunciados, estando o apelante com um pedaço de pau na mão, e José Batista com uma bermu-

da branca melada de sangue; aduz que viu algumas pessoas apontando para a segunda Travessa de São Miguel, dizendo: "Aqueles homens estão matando a mulher". Essa mulher era Marilza, a vítima, que, pouco tempo antes, tinha ferido José Batista, com uma tesoura.

O laudo de exame cadavérico relata, além das lesões feitas com instrumento perfuro-cortante, outras típicas de instrumento contundente.

Foi sobre estes elementos comprovados nos autos, aliados às circunstâncias e notícias de terceiras pessoas, trazidas a juízo, pelas testemunhas, que o júri decidiu condenar o apelante, atento, de modo especial, ao depoimento claro e preciso de Otoniel Caetano Almeida, fls. 60 a 61, onde afirma que ouviu o apelante convidar José Batista para se vingar da furada que a vítima lhe dera.

Assim, não houve decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Nega-se provimento ao apelo.

Salvador, Sala das Sessões, 23 de novembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DUPLICIDADE DE VERSÕES.

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, a decisão que se divorcia integralmente do conjunto probatório existente nos autos. Havendo duplicidade de versões, ambas com algum apoio nos elementos de convicção produzidos pelas partes, o júri pode optar por uma delas, sem que o veredito decorrente possa ser acolhido como manifestamente contrário à prova dos autos.

Ap. Crim. 140/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação criminal 140/88, em que é apelante Moacir Gomes de Oliveira e apelado o Ministério Público.

O representante do Ministério Pú- blico, com exercício na comarca de Itamaraju, denunciou Moacir Gomes de Oliveira, mais conhecido por "Teo", como incursão nas penas do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal brasileiro, por haver, no dia 4 de março de 1984, aproximadamente às 23h30min, nas imediações do Colégio Polivalente, naquela ci- dade, desferido violenta paulada em Ailton Pereira dos Santos, causando-lhe graves ferimentos que, consoante o lau- do de exumação cadavérico de fl. 23, foram a causa eficiente da morte da in- ditosa vítima.

Recebida a denúncia, o acusado foi interrogado e ofereceu defesa prévia.

Durante a instrução, foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia, bem assim, em termos de declarações, o pai da pranteada vítima.

Finda essa fase, após manifesta- rem-se acusação e defesa, o acusado foi pronunciado nos termos da denúncia, sendo submetido a julgamento pelo Tri- bunal do Júri, que o condenou a 13 anos de reclusão, repelindo a tese da negativa da autoria sustentada pela defesa, aco- lhendo a da acusação, que apontou o homicídio como qualificado.

Irresignada, apelou a defesa, alegando que a decisão afrontou a prova dos autos, sendo, assim, manifestamente contrária a esta.

Vieram as contra-razões, onde a doutora promotora manifestou-se pela confirmação da decisão, em todos os seus termos, posto que sabia e justa.

Nesta superior instância, opinou o doutor procurador de Justiça pelo im- provimento do recurso.

É o relatório.

O desejo do apelatório é que se mande o réu, Moacir Gomes de Oliveira, a novo julgamento, por considerar que os jurados, ao julgá-lo, o fizeram evidentemente contra a prova dos autos.

Pelo fato descrito na denúncia de fls., Moacir Gomes de Oliveira foi apontado como infrator do art. 121, §

2º, IV, do Código Penal, e, por acolhi- dos os termos da exordial acusatória, assim pronunciado.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, restou condenado a cumprir a pena de 13 anos de reclusão.

Inconformado com a decisão que afirmou ser manifestamente contrária à prova dos autos, interpôs a presente apelação, oferecendo no prazo do art. 600 do Código de Processo Penal as razões que entendeu suficientes para, afirmando não ser o autor do delito, justificar o embasamento legal invocado.

Contra-razões ofertadas.

A ilustrada Procuradoria de Justiça manifestou-se no sentido do improvi- mento do recurso.

Ao contrário do asseverado pela defesa, a decisão recorrida não se apre- senta manifestamente contrária à prova dos autos, consoante judiciosamente ressaltado na manifestação do órgão do Ministério Pú- blico deste grau de jurisdi- ção.

Ao que informa o conjunto proba- tório, no dia 4 de março de 1984, por volta das 23h30min, nas imediações do Colégio Polivalente em Itamaraju, após atrair sua vítima, Moacir, utilizando-se de um pedaço de madeira, aplicou-lhe violenta cacetada, causando os feri- mentos descritos no laudo de exumação cadavérico, que foram a causa eficiente de sua morte.

Desvendado o crime, o acusado, quando interrogado na fase inquisitorial (fls. 11 e 13), narrou, com detalhes, todo o caminho traçado por ele para a con- sumação do seu intento. Todavia, no sumário, procurou dar outra versão aos fatos, dizendo-se agredido pela vítima, pretendendo, assim, emprestar um colo- rido de legitimidade à sua conduta.

Em plenário, perdeu-se por com- pleto. Aí a versão apresentada foi a da negativa da autoria, afirmando que "no dia do crime se encontrava numa roça próxima a Monte Pascoal, onde permaneceu cerca de 60 dias, tendo chegado a Itamaraju, no dia 6 de março, dois dias após o crime, quando soube que a vítima havia falecido, e que fora coagido a

confessar a autoria.

Constata-se, assim, um grande conflito de afirmações.

Interrogado às fls. 11 a 13, o ora apelante confessa o crime e desce a detalhes, pormenorizando os caminhos por ele percorridos para a sua consumação. Às fls. 35 a 37, debita a ocorrência à vítima, alegando que fora, inicialmente, agredido por ela. Nenhuma testemunha encampa a sua versão.

Em plenário, nega a autoria, e esta foi a tese da defesa, desacolhida, aliás, pelo Conselho de Sentença.

Há, pois, mais de uma versão nos autos, plausíveis, quanto antagônicas, e que não ensejam uma aposta sem riscos, em qualquer delas. A versão aprovada pelo Conselho de Sentença, também tem alicerce no conjunto probatório.

A decisão, pois, é imutável, por quanto, segundo a jurisprudência dos nossos tribunais, "manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão que não tem o mínimo apoio nessa prova".

Ora, se, conforme já consignado, a prova colhida estampa várias versões, e, como dito, plausíveis, quanto antagônicas, descabe apodar de manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma delas, tenha condenado o acusado.

Certo é que, havendo mais de uma versão, com algum apoio nos autos, o júri pode optar por uma delas, sem que o seu veredito possa ser apontado como manifestamente contrário à prova dos autos.

Por tais razões, acordam os senhores desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em Turma da Segunda Câmara Criminal, em negar, à unanimidade, provimento ao recurso.

Salvador, Sala das Sessões, 21 de dezembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

DELITO DE TRÁFICO DE TÓXICO. DENÚNCIA FORMULADA COM OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEM A EXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO PREVISTO NO ART. 43 DO MESMO CÓDIGO. TEMPESTIVIDADE NO OFERECIMENTO DAS RAZÕES DE RECURSO DE UM DOS CO-RÉUS. NULIDADES ARGÜÍDAS QUE NÃO RESULTARAM PREJUÍZO PARA A ACUSAÇÃO OU PARA A DEFESA. DESNECESSIDADE DO EXAME DE DEPENDÊNCIA. PROVA MATERIAL INDVIDOSA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO DE DOIS CO-RÉUS. APLICAÇÃO DA PENA EXASPERADA. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTINUADO. INAPLICABILIDADE DA PRIMEIRA PARTE DO ART. 18, III, DA LEI 6.368, DE 21.10.76.

Injustificável a declaração de nulidade da ação penal, quando a inicial acusatória atende aos requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal e sem que ocorra a prevalência de qualquer das hipóteses previstas no art. 43, I, II e III, do mesmo estatuto processual. Se o recurso e as razões foram oferecidos em tempo hábil, não constitui intempestividade a juntada com atraso de cópias das razões em autos reconstituídos, especialmente por quem não deu causa ao extravio dos autos originais. Consoante a exegese do art. 563 do Código de Processo Penal, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa". Não constando do interrogatório a condição de dependente do acusado no uso de tóxico e enfatizando as testemunhas não ser o mesmo viciado, injustificável o exame de dependência, que iria se constituir em medida pro-

crastinatória. Exame pericial realizado regularmente em parcela da quantidade de cocaína e cannabis sativa apreendida não descaracteriza a prova material da ilicitude. A prova claudicante e frágil, ensejando dúvidas e incertezas a respeito de participação e culpabilidade, autoriza decisão absolutória com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal. A inexistência de delito subsequente descharacteriza a continuidade. Na fixação da pena-base, indispensável a análise das circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal, devendo a pena ser dosada entre o mínimo e a média da pena abstrata, quando se trata de réu primário e outras circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Inaplicável in casu a hipótese prevista no art. 18, III, primeira parte, da Lei 6.368/76, porquanto se constitui bis in idem da figura típica definida no art. 14 da precitada lei.

Ap. Crim. 77/88. Relator: Juiz MOACYR PITTA LIMA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 77/88, de Ibicaraí, em que são apelantes o Ministério Público, Euclides Lima dos Santos Filho, Cochise Rodrigues Assis, Ivan Alves de Almeida e Rubens Martins dos Santos e apelados os mesmos.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da colenda Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em rejeitar as preliminares de nulidade da ação penal e intempestividade, argüidas pelo Ministério Público, e também as preliminares dos acusados, apelantes. Improver o apelo do Ministério Público e prover o dos apelantes Cochise Rodrigues Assis e Ivan Alves de Almeida, para absolvê-los. Prover parcialmente o apelo de Euclides Lima dos Santos e Rubens Martins dos Santos,

para reduzir-lhes as penas, tudo à unanimidade.

Adoto o relatório de fls. 96 a 102, do 3º volume.

Rubens Martins dos Santos, Euclides Lima dos Santos, Ivan Alves de Almeida e Cochise Rodrigues Assis foram condenados como incursos nas sanções do art. 12, combinado com o art. 18, III, da Lei 6.368, de 21.10.76, incluindo-se para Euclides Lima dos Santos Filho o art. 71 do Código Penal, as penas respectivas: Rubens Martins dos Santos à pena de 12 anos de reclusão e 50 dias-multa; Euclides Lima dos Santos Filho à pena de 10 anos e 10 meses de reclusão e 50 dias-multa; Ivan Alves de Almeida à pena de seis anos e oito meses de reclusão e 50 dias-multa; Cochise Rodrigues Assis à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e 50 dias-multa, todos sob o regime de prisão fechada.

Irresignados com o *decisum*, a doura Promotoria Pública e os ilustres advogados de defesa, com fundamento no art. 593, I, do Código de Processo Penal, ofereceram recurso de apelação, requerendo o Ministério Público a agravação das penas aplicadas e os defensores, reforma da decisão, com a sustentação de várias preliminares. Nas contra-razões da Promotoria Pública do apelo de Rubens Martins dos Santos, foi argüida a intempestividade no oferecimento das razões de recurso.

A doura Procuradoria de Justiça ofereceu pronunciamento, opinando pela nulidade da ação penal.

A nulidade da ação penal, ressaltada pela doura Procuradoria de Justiça, não merece acolhida. A peça vestibular, lastreada no inquérito policial, atendeu às exigências legais, com os requisitos exigidos no art. 41 do Código de Processo Penal, não apresentando qualquer vício ou falha que a maculasse e justificasse o seu não-recebimento, tanto que, os defensores assim reconheceram, desenvolvendo a defesa de forma satisfatória, sem os impasses derredor de uma denúncia inepta.

A preliminar de intempestividade argüida pela Promotoria Pública não

procede. As razões do recurso de Rubens Martins dos Santos encontravam-se nos autos que foram extravados, e foram apresentadas em tempo hábil. O atraso na juntada de cópia das razões nos autos reconstituídos, em situação extraordinária, não pode ensejar o não-conhecimento do apelo, sobretudo, porque este apelante não deu causa ao extravio dos autos, não podendo ser prejudicado.

As diversas preliminares sustentadas pelos apelantes-reus não mereceram acolhida, pelas mesmas razões constantes da respeitável sentença, onde foi devidamente analisada e fundamentada a não-aceitabilidade. A não-realização do exame de dependência de Euclides Lima dos Santos Filho tem sua justificativa, não só no interrogatório, como nos depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, que ressaltaram não ser ele viciado no uso de tóxico.

O conjunto probatório revela que a digna *a quo* agiu acertadamente, ao julgar procedente a ação penal contra os apelantes Rubens Martins dos Santos e Euclides Lima dos Santos Filho, uma vez que a autoria e a materialidade da imputação estão indvidosamente comprovadas. O mesmo não se pode afirmar quanto à conclusão sentencial atinente aos apelantes Ivan Alves de Almeida e Cochise Rodrigues Assis, cuja prova existente, pela sua fragilidade, impõe dúvidas e incertezas, não tem conteúdo suficiente para justificar uma decisão condenatória.

Analizando-se a teoria sobre o ônus da prova, encontramos na primorosa obra de Nicola Framarino dei Malatesta, *A lógica das provas em matéria criminal*, a seguinte lição:

“O princípio supremo, regulador da obrigação da prova, é o ontológico: o ordinário se presume, o extraordinário se prova. A inocência se presume: e por isso no juízo penal a obrigação da prova cabe à acusação. A presunção da inocência, pois, quando determina a obrigação da prova no juízo penal, não é senão uma dedução daquele princípio ontológico que afirmamos ser o princípio su-

premo para o ônus da prova...”.

“Se no campo cível basta à prova que induza a certeza formal, no crime é preciso a prova que leva a certeza substancial.

Importa ainda observar que o fim supremo da prova penal é a verificação do delito, na sua individualidade subjetiva e objetiva. Todo o processo penal, no que respeita ao conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não, pois que qualquer juízo não se pode resolver senão numa condenação ou absolvição, e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, por outras palavras, a não conquistada certeza do delito, que obriga a absolvição. O objeto principal da crítica criminal é, portanto, indagar como, da prova, pode legitimamente nascer a certeza do delito; ou em outros termos, o estudo das provas de certeza” (v. 1, p. 146/147).

Assim como não há nos autos elementos probatórios que indiquem a culpabilidade de Rubens Martins dos Santos Filho, cuja absolvição foi inevitável, do mesmo modo, inexiste nos autos alicerce probatório, suficiente, para reconhecimento de culpabilidade de Cochise Rodrigues Assis e Ivan Alves de Almeida, para justificar uma decisão condenatória, devendo serem absolvidos, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

No que tange à aplicação e fixação das penas impostas aos apelantes Rubens Martins dos Santos e Euclides Lima dos Santos Filho, ao contrário da sustentação da Promotoria Pública, a dosagem das penas estabelecidas foi enormemente exasperada, seja na fixação da pena-base, analisadas as circunstâncias judiciais insertas no art. 59 do Código Penal, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, seja no reconhecimento de crime continuado sem a existência de crime subseqüente, seja na aplicação da agravação do art. 18, III, da Lei 6.368, de 21.10.76, que é parcialmente inconstitucional, por se constituir em notório *bis in idem*, com a

figura típica prevista no art. 14 da pre-citada lei.

Desse modo, configurada a atividida-de delitiva prevista no art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.76, levando-se em con-sideração as circunstâncias judiciais: primariedade, conduta social com ativi-dade lícita, antecedentes, a quantidade de tóxico apreendida, as circunstâncias e conseqüências do crime, fixou-se a pena-base para Euclides Lima dos Santos Filho em quatro anos de reclusão e ao pagamento de 50 dias-multa, com o val-or do dia-multa em Cr\$250,00, trans-formando-se em pena definitiva, em face da inexistência de agravantes ou atenuantes, sob o regime inicial de prisão fechada. Para o apelante Rubens Mart-íns dos Santos, fixou-se a pena-base em cinco anos de reclusão e ao paga-mento de 50 dias-multa, com o valor do dia-multa em Cr\$250,00, transforman-do-se em pena definitiva, pela inexiste-nça de causas de aumento ou diminui-ção, sob o regime inicial de prisão fechada, pagando os réus as custas processuais.

Em harmonia com o exposto, com essas considerações e razões, rejeita-ram-se as preliminares de nulidade da ação penal e intempestividade, argüidas pelo Ministério Pú-blico, e também as preliminares dos acusados-apelantes. Improveu-se o apelo do Ministério Pú-blico e proveu-se o dos apelantes Co-chise Rodrigues Assis e Ivan Alves de Almeida para absolvê-los, provendo-se parcialmente o apelo de Euclides Lima dos Santos Filho e Rubens Martins dos Santos, para reduzir-lhes as penas, tudo à unanimidade.

Sala das Sessões da Segunda Câ-mara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 21 de março de 1991. Ivan Brandão – Presidente. Moacyr Pitta Lima – Relator.

DELITO DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO. FALTA DE PRO-VAS PARA EVIDENCIAR A

AUTORIA.

O simples fato de tencionar al-guém adquirir substância proibida e por-se aos aprestos sem, porém, chegar a dar início à delituosa transa-ção, não ultrapassa a zona cin-zenta dos atos preparatórios, indife-rentes, sob o ponto de vista repres-sivo penal.

Ap. Crim. 84/88. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 84/88, da Capital, sendo apelantes Antonio Cí-cero Silva e Dionísio Oliveira Santos.

Acordam os senhores desembargado-res da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em dar parcial provimento ao apelo.

O presente apelo é contra a senten-ça de fls. 89 a 93, que condenou os ape-lantes, Antônio Cí-cero Silva e Dionísio Oliveira Santos, nestes autos qualifica-dos, à pena de reclusão de cinco anos e ao pagamento de 100 dias-multa, à base de Cz\$10,00, para cada um, além do pa-gamento de custas processuais, porque incursos nas penas do art. 12 da Lei 6.368/76.

Os apelantes foram encontrados no dia 18 de novembro de 1988, mantendo em guarda para tráfico, no interior de uma casa, sita na rua das Palmeiras, bairro dos Pernambués, nesta cidade e comarca, de oito quilos de "maconha", substância entorpecente, acondicionada em um saco plástico, dentro de uma sa-co de *nylon*, junto a uma balança de marca "Ceman" e de um revólver marca "Caramuru", calibre 22, além de uma cartucheira. Por isso foram presos e autuados em flagrante delito, com ob-servância de todas as formalidades le-gais.

Em juízo, negam os apelantes a autoria, embora, na fase inquisitorial, Dionísio confessasse a propriedade e guarda da *cannabis sativa* e Antonio Cí-cero ter aceito o convite de Dionísio

para vendê-la.

O apelo, fls. 97 a 108, em resumo, insiste na falta de provas para evidenciar a autoria.

O Ministério Público, às fls. 110 a 111, segue os fundamentos da sentença apelada.

Nesta superior instância, o doutor procurador de Justiça opina pelo improposito do recurso.

É o relatório.

O exame das declarações prestadas em interrogatório dos apelantes, Antonio Cícero Silva e Dionísio Oliveira Santos, no auto de prisão em flagrante delito, à luz dos depoimentos constantes dos autos, e nas circunstâncias em que tudo aconteceu, não deixa dúvida, apesar da retratação feita, no sumário, porque sem justificativa verossímil, pelo menos, de que o segundo comprou oito quilos de *cannabis sativa*, por Cr\$7.000,00, guardando-os em uma casa da rua das Palmeiras, bairro dos Pernambués, nesta cidade, onde foi preso naquele dia 18 de novembro de 1988.

A balança encontrada, de marca "Ceman", consoante descreve o laudo de fl. 6, juntamente com a "maconha", é indício certo de que esta substância entorpecente, que causa dependência física ou psíquica (laudo pericial de fls. 55/58), destinava-se ao comércio clandestino, conduta tipificada no art. 12 da Lei 6.368/76; a certeza de tal conclusão está confirmada pelo interrogatório de Antonio Cícero Silva, convidado por Dionísio Oliveira Santos para vender a droga, fl. 3 v.

Por outro lado, contudo, os autos não fornecem evidência de conduta tipificada pela lei antitóxicos já citada, com relação ao apelante Antonio Cícero Silva.

Este não era proprietário da "maconha", não a mantinha sob sua guarda e foi, apenas, convidado para vendê-la, como confessa, no seu já citado interrogatório. O fato de ter aceitado o convite, por necessidade de obter recursos para o seu sustento e de sua família, como declara, e, ainda, de ir buscar a "er-

va", em um saco, para a distribuição, por venda, não passa de atos preparatórios, que não se confundem com "atos de execução", ficando, assim, na mera intenção de Antonio Cícero Silva vender, clandestinamente, a droga proibida, e nada mais. Não se pune a quem se decide à prática do delito mas não chega a iniciar a sua execução, ainda que, para tanto, se prepare.

"O simples fato de tencionar alguém adquirir substância proibida e por-se aos aprestos sem, porém, chegar a dar início à delituosa transação, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob o ponto de vista repressivo penal" (JUTACRIM-SP 35/158).

Por isso é que se dá parcial provimento ao apelo, para excluir o apelante, Antonio Cícero Silva, da condenação.

Salvador, Sala das Sessões, 26 de outubro de 1989. Ivan Brandão - Presidente. Aloísio Batista - Relator.

FURTO.

furto de um televisor, com rompimento de obstáculo. Fato capitulado no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal. Res furtiva apreendida e entregue ao dono. Condenação a cinco anos de reclusão e 20 dias-multa. Apelo do co-reu preso. Provimento para reduzir a pena. Aplicação do § 2º do art. 155. Extensão ao co-reu não-recorrente.
Ap. Crim. 29/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 29/89, de Ribeira do Pombal, sendo apelante Menadson Gama Oliveira e apelado o Ministério Público.

Acorda a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, pelos integrantes da Turma Julgadora, à

unanimidade, rejeitada a preliminar de intempestividade, em prover o apelo, para reduzir a pena imposta ao apelante, extensiva ao co-réu José Jesus dos Santos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, pelas razões a seguir expostas.

Incorporam-se à decisão o relatório da sentença de fls. 60/64 e o de fl. 93, lidos na íntegra.

De total imprudência a preliminar de nulidade da ação penal suscitada pelo apelante, Menadson Gama Oliveira, nas razões recursais. Referida alegação funda-se no fato de a denúncia haver sido oferecida fora do prazo do art. 46 do Código de Processo Penal. O descumprimento do art. 46, citado, poderá acarretar outras consequências que não a nulidade pretendida. Na hipótese de crime de ação penal pública, esta só pode de deixar de ser instaurada se, porventura, já tivesse ocorrido a extinção da punibilidade pela prescrição, o que não se deu, no caso em tela.

Assim, rejeita-se a preliminar. Quanto ao mérito, provê-se, parcialmente, o apelo, acolhendo-se o parecer da dourada Procuradoria de Justiça.

A existência material do crime definido no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal resultou, suficientemente, provada pelos depoimentos das testemunhas de fl. 41 à fl. 44, pelo laudo pericial de fl. 16, e, também, pelas confissões extrajudiciais dos acusados, Menadson e José Jesus dos Santos.

Como tese defensiva, acentuam-se nas alegações finais dos acusados a primariade, o pequeno prejuízo, pois a *res furtiva* foi de logo devolvida a seu dono, não tendo o fato delituoso ultrapassado as fronteiras da tentativa, a não-caracterização do concurso de agentes, os bons antecedentes e, sobretudo, o estado de ebriedade em que se encontravam Menadson e José Jesus dos Santos, por ocasião do fato, pelo que se pleiteia a desclassificação para o *caput* do art. 155 e a aplicação do § 2º do referido dispositivo do Código Penal.

Ocorre, todavia, que o ilustre juiz

sumariante, louvando-se em declarações de José Jesus dos Santos, de que o crime fora urdido por Menadson, decorrendo da sua periculosidade, e que, por outro lado, a embriaguez não exclui a imputabilidade, condenou-o a cinco anos de reclusão e a José Jesus dos Santos a três anos de reclusão e 20 dias-multa, por incursos nas sanções do art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

Mas, detendo-se o julgador no exame da realidade que os autos espehram, em cotejo com posições doutrinárias e orientação jurisprudencial acerca da especial causa de redução da pena do § 2º, art. 155, da lei substantiva penal, há de admitir que o ilustre *a quo* houvese com exagero na apenação: cinco anos de reclusão pelo furto de um aparelho de televisão, de logo apreendido e devolvido a seu dono.

De início, manifesto-me não-partidário das penas exacerbadas, sobretudo quando o acusado é primário.

Pode o fato ter sido um infeliz episódio em sua vida. Possível é que no tempo em que passou segregado, em prisão provisória, haja meditado sobre a desdita que se abatera sobre si. Também, há um aspecto sociológico de real significação, é que os acusados são primários, homens do interior, das caatingas, dos agrestes, de lavrar a terra, lavradores ou peões, que ficam em volta da cidade, sem instrução, sem trabalho, sem assistência e que, embriagados, se deixaram arrastar para a ilicitude. Essa a realidade que os outros retratam.

Impressiona favoravelmente a pretensão da defesa no que diz respeito à invocação do § 2º do art. 155 do Código Penal.

Mister esclarecer que, no particular, lavra discórdia entre os doutrinadores.

Uns acham que o privilégio do *caput* do art. 155 não se aplica ao furto qualificativo, enquanto outros entendem que sim, inclusive, encontram-se decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, adotando uma e outra posições.

Evidente que não se há de aplicá-lo

de modo genérico, em todos os casos. Há que se examinar caso a caso, porque, às vezes, o indivíduo que pratica uma tentativa de furto de pequeno valor é muito mais perigoso que aquele que tenha praticado um furto de grande valor.

Ora, a grande tarefa do juiz moderno é, sem dúvida, a individualização da pena, em face das circunstâncias do crime e dos caracteres pelos quais se possa fazer a avaliação do indivíduo.

Analisando-se a doutrina penal, registra-se a controvérsia, inclusive em Celso Delmando, *in Código Penal Anotado*, p. 268, uma das correntes doutrinárias atentando, tão-somente, para a posição geográfica do referido § 2º, entende que o favor legar está exclusivamente adstrito ao art. 155 do Código Penal, mas, numa concepção muito mais ampla, o criminalista, ou aquele que se debruça sobre os problemas do direito penal, entende que não há sentido em não se aplicar às hipóteses do § 4º, isto é, quando se trata de hipóteses de furto qualificado.

Não é que tal seja a regra geral, porque pode-se, dado às peculiaridades do caso, decidir diferentemente.

No caso dos autos, inclino-me pela redução facultativa da pena, consoante o § 2º do art. 155.

E não é só, considerando a primariade, aquelas circunstâncias judiciais já apontadas, a pena-base é de ser fixada em três anos de reclusão em relação ao acusado, Menadson Gama Oliveira, que, reduzida em um terço (§ 2º, art. 155), resulta afinal concretizada em dois anos de reclusão. E a de José Jesus dos Santos, embora não haja recorrido (art. 580 do CPP), fixada em três anos a pena-base, se a reduz de metade, resultando concretizada em um ano e seis meses de reclusão, em regime semi-aberto, mantida para ambos os 20 dias multa, como fixada na sentença recorrida.

Sala das Sessões, 15 de março de 1990. Ivan Blandão - Presidente e Relator.

FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO CAPUT DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. PARTICIPAÇÃO NÃO COMPROVADA.

Não comprovado que um dos acusados tenha participado do furto, por falta de prova de conexão subjetivo entre a atuação individual e o fato delituoso, desclassifica-se o crime para furto simples, com a condenação do agente, que confessou ter cometido a infração penal.
Ap. Crim. 125/86. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 125/86, da Capital, em que é apelante Adailton Nascimento dos Santos e apelado o Ministério Público.

Perante a 20ª Vara Criminal da comarca da Capital, Estado da Bahia, o Ministério Público, por um de seus mais ilustres representantes, denunciou Adailton Nascimento Santos, vulgo "Grande", e Cláudio Cezar, nestes autos qualificados como incursos, ambos, nas penas do art. 155, § 4º, IV, furto qualificado, mediante concurso de duas ou mais pessoas.

Em um dia do mês de setembro de 1982, os denunciados, usando de velho costume, penetraram na residência de Jilson Raimundo de Jesus Menezes, sita na Vila Fernandes, casa 03, Alto Manoel Monte, em Plataforma, e ali subtraíram duas pás, picaretas e dois engravidados, além de um carro de mão, nunca recuperados.

Recebida a denúncia, procedeu-se à instrução criminal e, afinal, pela sentença de fls. 129 a 131, foi Adailton Nascimento Santos condenado a cumprir a pena de quatro anos de reclusão, na penitenciária do Estado, em regime fechado desde o início e ao pagamento da multa de Cr\$5,00; o denunciado Cláudio

Cesar, cujo verdadeiro nome é Cláudio Vitor dos Santos (fl. 58), por ser menor de 18 anos, à época do delito, foi excluído da denúncia, pelo depacho de fls. 65v a 66.

Dessa decisão, inconformado, apelou o réu, Adailton Nascimento dos Santos, a tempo (fls. 137 a 138), oferecendo as razões, às fls. 151 a 152, alegando que não ficou comprovada a sua autoria, na prática do delito.

O apelado, às fls. 155 a 156, procura demonstrar a indicação da autoria e propugna pela manutenção do *decisum*.

Nesta superior instância, o doutor procurador de Justiça, em parecer de fls. 160 a 161, opina pelo improviso do apelo.

É o relatório.

Em verdade, o exame dos presentes autos revela, com segurança, ante a prova testemunhal, que o apelante, Adailton Nascimento dos Santos, juntamente com outros, vivia na prática quotidiana de furtos e roubos, no bairro de Plataforma, causando medo e pavor a seus moradores. Os delitos eram praticados quase que à vista, sem reservas, incluindo o grupo vários menores de 18 anos.

O próprio Adailton confessa o fato narrado na denúncia, em parte, porque teria apenas furtado o carro de mão e não esconde a sua participação em outros delitos da mesma natureza; não há, nos autos, comprovação de que outros processos pelos fatos delituosos, que confessa, estejam em curso, com segurança. O Ministério Público não recorreu da sentença e, por isso, não se pode apreciar nesta instância aqueles delitos, até mesmo para efeito de continuidade, por resguardo da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal. É certo que o apelante nega o delito, quando interrogado em juízo, mas essa retratação não encontra respaldo em qualquer elemento ou circunstância dos autos, não merecendo, portanto, credibilidade.

Por outro lado, não há como se admitir, no caso *sub judice*, o furto qualificado, mediante concurso de duas pessoas, sendo a segunda, o menor excluído do processo, C.V.S., visto como, ouvido

este, em termo de declarações, nega, peremptoriamente, a sua participação, inexistindo prova contrária.

Daí por que o delito a ser imputado ao apelante restringe-se ao *caput* do art. 155 do Código Penal brasileiro, em cujas penas se condensa. Pelas circunstâncias judiciais ressaltadas na sentença apelada, fl. 131, individualiza-se a pena em um ano e oito meses de reclusão, que fica reduzida, definitivamente, para um ano e seis meses de reclusão, por ser menor de 21 anos e maior de 18, à época do delito, condenado, ainda, ao pagamento da multa de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do delito, correspondente a um dia-multa. Pague, ainda, o valor da metade das custas processuais.

Termos em que acordam os senhores desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em Turma da Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, em dar provimento parcial ao apelo, para desclassificar o delito para o *caput* do art. 155 do Código Penal brasileiro, aplicando ao apelante a pena definitiva de um ano e seis meses de reclusão.

Salvador, Sala das Sessões, 19 de outubro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

HABEAS-CORPUS. PLURALIDADE DE PACIENTES.

Pedido conjunto admissível, se pelas informações da autoridade apontada coatora é possível verificar-se as situações de cada um, embora sejam diversos os processos. Tendo em vista as últimas informações do ilustre magistrado substituto da Vara Crime da comarca, indefere-se, em parte, a imprecação, em virtude de estar a mesma prejudicada, de referência a quatro dos pacientes.

H.C. 83/90. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 83/90, de Gandu, em que são impetrantes e pacientes Carlos Roberto de Jesus e outros.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em julgar prejudicado o pedido quanto aos pacientes Carlos Roberto de Jesus, Wanderley Jorge dos Santos, Antônio Souza e José de Almeida e indeferir quanto aos demais.

Carlos Roberto de Jesus, Wanderley Jorge dos Santos, Antônio Souza, Roberto Gomes dos Santos, Manoel Alves Souza, Jorge de tal - vulgo "Surdo e Mudo" - e Paulo Farias Menezes, em conjunto, impetraram *habeas-corpus*, em favor de si próprios, apontado como autoridade coatora o doutor juiz de direito da Vara Crime da comarca de Gandu.

Como fundamento do pedido alegam o descumprimento dos prazos processuais pertinentes à formação da culpa, nas ações penais a que respondem.

Solicitadas as informações à autoridade indigitada como coatora, prestou-as a doutora juíza Nilda Moreira Araújo, juíza substituta da comarca de Gandu, às fls. 14/15.

A Procuradoria de Justiça, pela voz do Dr. José Viana Brim, opinou, às fls. 17/18, pelo indeferimento do *mandamus*, com recomendações enérgicas, visando a agilização dos respectivos processos, embora tenha se externado que os impetrantes-pacientes estão com seus processos paralisados há muito tempo, havendo evidente excesso prazal; todavia, tratando-se de réus, na maioria, acusados de homicídio, não lhe parecia de boa política libertá-los em bloco. A emenda seria pior que o soneto.

Tendo sido relaxada a prisão de alguns pacientes, foram solicitadas informações ao Dr. Aldenilson Barbosa dos Santos, juiz de direito plantonista, para que esclarecesse a nova situação em que se encontravam os processos dos impe-

trantes-pacientes.

Com as informações de fls. 23/25, esclarece o doutor juiz de primeiro grau que os pacientes Carlos Roberto de Jesus, Wanderley José dos Santos, Antônio Souza e Jorge de Almeida Silva encontram-se em liberdade provisória.

Quanto a Roberto Gomes dos Santos, preso em 24 de abril de 1989, por crime tipificado no art. 157, § 3º, do Código Penal, foi interrogado em 16 de maio daquele ano, estando os autos com audiência de instrução e julgamento designada para o dia 26 de setembro de 1990.

De referência a Paulo Faria de Menezes, informa aquele magistrado que o mesmo fora preso em 13 de março de 1989, por delito tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, tendo sido pronunciado. Os autos aguardam designação de promotor público para oferecimento de libelo acusatório.

Já Manoel Alves, vulgo "Miura", está com o seu processo em mãos do doutor juiz titular da Vara Crime, para lavratura da sentença.

O douto procurador geral de Justiça, Dr. Emanuel Lewton Muniz, complementando o parecer anterior do Ministério Público e ante as últimas informações encaminhadas pelo ilustre magistrado substituto da Vara Crime da comarca de Gandu, indeferiu, em parte, a impetração, uma vez que a mesma se encontra prejudicada, de referência aos impetrantes Carlos Roberto de Jesus, Wanderley Jorge dos Santos, Antônio Souza e Jorge de Almeida, vulgo "Surdo e Mudo", que se encontram em liberdade provisória.

Em face do exposto e de tudo que dos autos consta, estando superado o constrangimento apontado, posto que, embora haja pluralidade de pacientes, entretanto o pedido em conjunto é admissível, pois pelas informações da autoridade apontada coatora, os pacientes Carlos Roberto de Jesus, Wanderley Jorge dos Santos, Antônio Souza e Jorge de Almeida, vulgo "Surdo e Mudo", estão em liberdade, julga-se prejudicado

o pedido, por falta de objeto, e, quanto aos demais porque superada a demora da instrução com sua ultimação, não há falar-se em excesso de prazo, porque os processos atingiram outra fase, a da decisão, razão pela qual se indefere o *mandamus*.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 6 de setembro de 1990. Ivan Brandão – Presidente.
Ayrton Freitas – Relator.

HABEAS-CORPUS LIBERATÓRIO.

Presumida veracidade dos fatos argüidos, em face de omissão da autoridade indigitada coatora em prestar as informações solicitadas.

H.C. 461/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 461/89, de Camaçari, em que é impetrante a Bela. Mariza Almeida e paciente Alberto Rodrigues da Silva.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em conceder a ordem.

A advogada Mariza Almeida impetrava o presente *habeas-corpus* em favor de Alberto Rodrigues da Silva, dizendo-o vítima de constrangimento ilegal, imposto pela meritíssima juíza de direito da comarca de Camaçari, sob alegação de excesso prazal.

Diz a impetrante que o paciente foi preso e autuado em flagrante em 16 de agosto de 1988, encontrando-se, até a presente impetração, recolhido ao cárcere, portanto, há mais de um ano, e, até então, não foi concluída a instrução criminal no processo a que responde, por infração do art. 12 da Lei 6.368/76.

Foram as informações de praxe à autoridade judiciária, doutora juíza de

direito da Vara Cível substituta da Vara Crime daquela comarca, que não as prestou, apesar da reiteração do pedido (fls. 6 e 10).

A Procuradoria de Justiça, pela voz do doutor procurador José Viana Brim, opina, à fl. 3, pela concessão do *mandamus*.

Fiz este relatório e peço inclusão em pauta para julgamento.

Cuidam estes autos de paciente que foi preso e autuado em flagrante, em 16 de agosto de 1988, por infração do art. 12 da Lei 6.368/76 e, até a data da impetração, não foi concluída a instrução criminal.

Solicitadas, reiteradamente, informações à doutora juíza, esta não as prestou.

O silêncio da autoridade coatora faz presumir verdadeiros os fatos alegados na impetração.

É jurisprudência pacífica e vários julgados dos nossos tribunais assim se externam:

“Falta de informação da autoridade coatora: alegações do réu, presumivelmente verdadeiras. Improvimento.

É tranquilo o entendimento de que o silêncio da autoridade cujo ato motivou a impetração gera a presunção de veracidade das alegações” (Rec. H.C. 01/82 – rel.-des. Claudio Ramos. *Bahia Forense* 23, p. 24”).

Pelos motivos expostos, concede-se a ordem.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 5 de abril de 1990. Ivan Brandão – Presidente.
Ayrton Freitas – Relator.

HOMICÍDIO: ABERRATIO IC-TUS.

Veredito absolutório pelo reconhecimento da legítima defesa. Apelo do acusado. Decisão sem alicerce na prova dos autos. Provimento. Submissão do acusado a novo julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 179/89, de Cruz das Almas, sendo apelante o Ministério Público e apelado Arnaldo Eloy Ferreira.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em prover o apelo para cassar a decisão recorrida, a fim de que o apelado submeta-se a novo julgamento.

E assim decidiram pelas razões seguintes.

Incorporam-se à decisão o relatório da sentença de fls. 129/131 e o de fl. 219, lidos na íntegra.

Trata-se, no caso *sub judice*, de apelo de decisão do Tribunal do Júri, interposto pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, ao entendimento que o veredito absolutório, que reconhecia em favor do acusado a excludente de criminalidade da legítima defesa, mostra-se, manifestamente, contrário à prova dos autos.

Consoante a narrativa da inicial acusatória, imputa-se ao acusado, ora apelado, o crime do art. 121, *caput* c.c. art. 53, 1^a parte (atual 73) do Código Penal, por haver o mesmo no dia 11 de abril de 1982, cerca das 20 horas, próximo à Lanchonete Irmão Sampaio, disparado um tiro, visando Antonio Carlos da Silva Pires, atingindo, todavia, a Junilia de Oliveira Lima, produzindo as lesões corporais que lhe causaram a morte.

Descreve-se, na denúncia, que Antonio Carlos da Silva chegara à lanchonete, sendo ofendido pelo acusado, que o xingara de corno e descarado, revirando este com um soco no rosto do acusado, o qual se afasta, saca a arma, e dispara contra Antonio Carlos, que se agacha, indo o projétil atingir a Junilia de Oliveira, que se achava sentada no

balcão.

Interrogado o acusado em juízo, fl. 54, oferece a versão de que pilheriara com Antonio Carlos, este lhe desferira um murro no rosto e, quando ia dar-lhe o segundo, o interrogado sacara de um revólver e desflagrara um tiro em direção de Antonio Carlos.

Pronunciado por inciso nas sanções do art. 121, *caput*, c.c. art. 53, 1^a parte (atual 73), do Código Penal, transita em julgado a decisão de pronúncia e levado o acusado a julgamento pelo júri, resultou absolvido pelo acolhimento, pelos jurados, da tese defensiva da legítima defesa.

O recurso, pois, do Ministério Público tem o sentido de, pela apreciação da prova produzida em torno do episódio delituoso, possibilitar que se afira a inteireira, ou não, do veredito absolutório.

Ora, nem mesmo na versão do acusado, possível se identifiquem os elementos configuradores da excludente de criminalidade, consoante a moldura do art. 25 do Código Penal.

Salienta o eminente procurador de Justiça, no parecer de fl. 215, que nem a situação inicial da discriminante se faz presente nos autos, tendo em vista que o acusado foi quem dera início à agressão verbal contra Antonio Carlos e, ante o revide deste (o soco), fez o disparo, que atingira a vítima e, consequentemente, não há como falar-se em legítima defesa, pelo que a decisão dos jurados não encontra respaldo na prova dos autos.

Mas, não é só nesse aspecto que se afigura insustentável a decisão recorrida, pois não resiste ela ao menor confronto com os informes da prova testemunhal, de quantos levaram de vista o desenrolar do fato criminoso.

Ora, ao exame da prova testemunhal colhida, tem-se como testemunhas visuais da cena delituosa os de fls. 86, 91, 112 e 112v, cujos relatos afastam da conduta do acusado os requisitos, ou elementos da legítima defesa.

Vejamos:

“... que o acusado, ao encontrar-se

com Antonio Carlos, disse para o mesmo 'lá vem o descarado, esse corno', e, ato contínuo, Antonio revidou com um soco no rosto do acusado, que em seguida o acusado andou uns três metros e pegou um revólver e correu em direção a Antonio Carlos; que este correu para a frente da lanchonete e repentinamente resolveu voltar, ficando de frente para o acusado, que neste instante o acusado deflagrou um tiro contra Antonio Carlos, o qual abaixou-se, vindo o projétil atingir a vítima... (fl. 86v).

"... quando observou uma discussão entre o acusado e o baixinho que trabalha na lanchonete; que não sabe informar a causa da discussão; que de repente o depoente viu o baixinho empregado da lanchonete desferir um tapa no acusado e na mesma hora este dispara um revólver, que logo o baixinho saiu a correr em direção ao supermercado Silveira e o acusado atrás do mesmo, ... que o tiro disparado pelo acusado atingiu uma moça que estava sentada de costas para o acusado... (fl. 112).

"... que estava no interior do bar e viu quando o acusado pôs a mão no ombro de Antonio Carlos, o qual de logo deu um murro no rosto daquele; que em seguida o acusado pegou a arma que trazia na viatura e disparou contra Antonio Carlos; que este não foi atingido pelo disparo que foi atingir a vítima que estava sentada em uma cadeira na lanchonete... (fl. 112v)".

Estes os elementos probatórios, pelos quais possível a reconstituição do fato delituoso.

Inexistem duas versões, que aceitável fosse o júri acolher uma delas. Nem mesmo o quanto relatado pelo acusado, em seus interrogatórios, pode constituir-se em versão, porque desabonada pela prova testemunhal de quantos assistiram ao fato criminoso.

Em face das circunstâncias do fato, não se pode dizer haja o acusado agido *secundum jus*, e que a sua despropósito da reação, ante a ação de Antonio Carlos, a quem provocara, não se comporta nos limites da descriminante da legítima defesa.

No particular, não se há de olvidar a advertência de Fioretti, ao proclamar que é preciso que a palavra legítima, que se antepõe à defesa, não seja um termo vago mas encerre a idéia elevada e generosa que se encorre nesse instituto.

Tendo o acusado deflagrado a sua arma, visando a Antonio Carlos, mas colhido, mortalmente, a Junilia de Oliveira Lima, configura-se, sem dúvida, a hipótese do art. 121, c.c. art. 73, do Código Penal.

Assim, acolhendo o parecer da douta Procuradoria de Justiça, dá-se provimento ao apelo para cassar a decisão recorrida, a fim de submeter-se o apelado a novo júri.

Sala das Sessões, 5 de abril de 1990. Ivan Brandão - Presidente e Relator.

JÚRI. NOVO JULGAMENTO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. CORREÇÃO DA PENA APLICADA.

A permissibilidade de mandar o réu a novo julgamento somente se justifica se a decisão dos jurados se efetivou contra a evidência da prova colhida nos autos. Pena aplicada que se manteve em limites razoáveis, não merece ser reformada.

Ap. Crim. 206/86. Relator: Des. ALOÍSIO BATISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 206/86, da Capital, sendo apelante o Ministério Públíco e apelado Humberto Moraes Dias.

Acordam os senhores desembargadores da Segunda Câmara Criminal, componentes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em negar provimento ao recurso, à unanimidade.

O representante do Ministério Públíco, junto à Segunda Vara Privativa do

Júri, da comarca da Capital, lastreado no inquérito policial de fls., ofereceu denúncia contra Humberto Moraes Dias, nestes autos identificado como incursão nas penas do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal brasileiro, sob a acusação de que ele, no dia 18 de abril de 1978, por volta das sete horas, no interior do Hotel Guaciara, sítio na rua Saldanha da Gama, 25, nesta Capital, utilizando-se de uma arma de fogo, produziu em Irio Bazílio Conceição Silva as lesões descritas no laudo de exame cadavérico de fls. 25 a 27.

No final da instrução, o doutor juiz *a quo*, na fase de admissibilidade da acusação, afastou as qualificativas pedidas na peça vestibular acusatória, e pronunciou o denunciado, Humberto Moraes Dias, ora apelado, como incursão nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal brasileiro.

Sem recurso da pronúncia, certidão de fl. 202, após cumprimento de todas as formalidades legais, foi o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 237/238), ficando condenado nas penas do art. 121, § 3º, do Código Penal brasileiro, com individualização de um ano e seis meses de detenção, concedido o livramento condicional da pena, pelo prazo de dois anos, sob condições impostas na sentença de fls. 233 a 235.

A tempo, irresignado, o douto representante do Ministério Pùblico apelou da decisão do júri, fl. 239, oferecendo as suas razões, às fls. 241 a 250, pugnando pela volta do réu a novo julgamento, ou correção da pena para mais.

A defesa, às fls. 252 a 254, oferece as contra-razões do apelo, argumentando pelo acerto da decisão do júri, como da aplicação da pena.

O doutor procurador de Justiça, em seu parecer de fls. 259 a 260, opina pelo provimento do apelo para o efeito de ser o apelado submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez que entende ser o homicídio praticado, pelo apelado, doloso.

É o relatório.

No que pese o brilho da argumentação do recurso apelatório do Ministério Pùblico, por um de seus mais inteligentes e cultos representantes, nesta comarca, como das ponderações do judicioso parecer do doutor procurador de Justiça, mister se faz acolher que os autos oferecem duas versões bem definidas, o que, aliás, nem foi possível desmerecer vistas do laborioso promotor.

Uma decorre das ponderações, considerações e ilações do apelo, nas suas razões de fls. 241 a 250, comentando os depoimentos de Osvalmy do Espírito Santo e Antonia Morenita de Souza: "vingança"; a outra, uma "defesa", que não chegou a ser legítima, porque excedeu à moderação que a prudência estava a exigir nas circunstâncias, ante a quantidade de tiros disparados, mas frente a uma agressão iminente, por parte da vítima, impedindo a saída do apelado do recinto do hotel, meia hora mais ou menos, depois de, em luta, ter aquele, a vítima, esmurrado de modo violento a este, o apelado, em face de uma rixa antiga, decorrente de uma dívida do último para o primeiro. Vejam-se os depoimentos de fls. 121, 123 e 167/168, corroborando as declarações, em interrogatório do apelado, fls. 69 a 70.

As contradições que o apelo aponta, entre os depoimentos que cita, revelam situações diversas em relação ao fato e, precisamente, por isso, pode e compete ao júri escolher qualquer delas, na sua soberania.

Por isso, não há decisão manifestamente contrária à prova dos autos, no caso *sub judice*.

Por outro lado, o *quantum* da pena aplicada ao réu não merece reparo.

A sentença, de fls., à fl. 234, justificou, na forma do art. 59 do Código Penal, a individualização que deu à pena; ressaltou a primariedade do réu, como a conduta social, no que diz respeito ao trabalho, como militar, sem deslizes; considerou o comportamento da vítima, que se encontrava bastante alcoolizada,

circunstância que favorece ao réu; reparou, contudo, as consequências do delito, o sacrifício, como diz, de uma vida humana, o que, aliás, já está contido na própria definição legal do delito; o fato de existir inquérito instaurado contra o réu não influi negativamente nos seus antecedentes, como é o entendimento, hoje, da doutrina e da jurisprudência, visto como ninguém pode ser punido, senão em decorrência de sentença condenatória trânsita em julgado, direito fundamental previsto na Carta Magna do País.

Assim, a pena aplicada não merece ser reformada, visto como, à evidência, se manteve em limites razoáveis.

Nega-se provimento ao apelo.

Salvador, Sala das Sessões, 26 de outubro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Aloísio Batista – Relator.

PENITENTE. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIOS.

Consulta ao juiz da Vara de Execução Penal sobre o requisito temporal para o livramento condicional. Filiação a uma das posições doutrinárias acerca da matéria. Agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público. Não-conhecimento.

Agr. de Instr. 01/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 01/89, da Capital, sendo agravante o Ministério Público e agravado Pedro Machado Pereira.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em não conhecer do agravo, pelas razões seguintes.

O representante do Ministério Público, com exercício na Vara de Execu-

ções Penais, discordando da ilustre juíza da referida vara, que adota o parâmetro de 30 anos para o requerimento de benefícios em prol do penitente, inclusive livramento condicional, mesmo nos casos de condenação à pena privativa da liberdade por tempo muito superior àquele limite, interpôs agravo de instrumento, pleiteando que a ilustre juíza reformule o entendimento esposado, ou, se mantido, que encaminhe os autos a uma das Câmaras Criminais para a apreciação da matéria.

Oferecidas as razões do recurso, verifica-se que em 11 de abril de 1989 a direção da penitenciária consultou a magistrada, na qualidade de presidente da Comissão Técnica de Benefícios, acerca do critério adotado para o cálculo do benefício requerido pelo penitente Pedro Machado Pereira, condenado a 120 anos de reclusão, se dever-se-ia tomar por base o total das penas unificadas ou o limite de 30 anos.

Em despacho de 24 de maio de 1989, manifestou-se a juíza no sentido de que a base do requisito temporal é de 30 anos.

À fl. 92 vê-se o ofício da direção da penitenciária, contendo a consulta. À fl. 93, o despacho, no expediente, impugnado. Às fls. 101/105, a sustentação do despacho agravado, em que se suscita a preliminar de não-conhecimento e, no mérito, pelo improviso.

Colhido o parecer do excellentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, opinou sua excelência pelo acolhimento da preliminar, e, quanto ao mérito, pela improcedência da pretensão recursal.

É o relatório.

Inteiramente procedente a preliminar de não-conhecimento.

À análise das peças que instruem os autos, colhe-se que, no caso apreciado, a manifestação da ilustre juíza da Vara de Execuções Penais, e contra a qual se insurge o duto promotor público recorrente, não se caracteriza como ato jurisdicional suscetível de reapreciação pelo juízo *ad quem*.

Efetivamente, só cabe o agravo de instrumento nos termos do art. 197 da Lei de Execução Penal (7.210/84) das decisões, nos casos concretos, em que sejam deferidos, ou não, os benefícios da referida lei, entre os quais o livramento condicional.

No caso *sub judice*, a consulta de fl. 92 foi uma providência preliminar ao processamento referente ao livramento condicional do condenado Pedro Machado Pereira, sendo que o pronunciamento da juíza, *in casu*, não tem o sentido de decisão compreendida no âmbito do art. 197 da Lei de Execução Penal.

Assim, acolhendo o parecer da dota Procuradoria de Justiça, não se conhece do recurso.

Sala das Sessões, 5 de abril de 1990. Ivan Brandão – Presidente e Relator.

TRÁFICO DE MACONHA. CONDENAÇÃO. APELO DA DEFESA.

Acusada presa na posse de um cigarro, ou charuto, da erva maldita. Declarações reiteradas de que se destinava ao uso próprio. Inexistência de prova quanto ao tráfico. Provimento parcial: desclassificação para o art. 16 da Lei 6.368/76.

Ap. Crim. 202/89. Relator: Des. IVAN BRANDÃO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 202/89, de Ilhéus, sendo apelante Valdecir Ramos Andrade e apelado o Ministério Pùblico.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em prover parcialmente o apelo, desclassificando para o art. 16 da Lei 6.368/76 o crime imputado à apelante, reduzindo,

consequêntemente, a pena que lhe fora imposta.

E assim decidiram pelas razões seguintes.

Incorporam-se à decisão o relatório da sentença de fls. 67/68, e o de fl. 92 lidos na íntegra.

Surpreendida Valdecir Ramos Andrade na posse de certa quantidade de maconha, em atitude suspeita, junto ao muro do prédio do Complexo Policial em Ilhéus, foi presa, lavrado o auto de prisão em flagrante, concluído o inquérito policial, e instaurada ação penal, em que se lhe imputara o crime do art. 12 da Lei 6.368/76 (tráfico de maconha), resultou, afinal, condenada à pena de oito anos de reclusão, mais 100 dias-multa.

O ilustre *a quo*, na sentença de fls. 67/68, considerou provado o crime, bem como a autoria, entendendo, pelas circunstâncias da prisão, proximidade do Complexo Policial, o teor do bilhete de fls., que admite corroborado pela prova testemunhal, sendo que os depoimentos dos policiais merecem credibilidade, presentes no caso *sub judice* os pressupostos da responsabilidade da acusada pelo crime, objeto da acusação.

A irresignação da defesa, manifestada no apelo tempestivo, busca, nas razões recursais, evidenciar a insegurança da prova, bem como contradições nela existentes, de modo a mostrar-se insuficiente a um juízo condenatório.

Oficiando nos autos, o exelentíssimo senhor doutor procurador de Justiça manifestou-se pela reforma parcial da sentença, a fim de desclassificar-se o crime para o art. 16 da Lei 6.368/76 – uso, em face da insuficiência de prova quanto ao tráfico.

À análise dos autos, verifica-se, de logo, a falta de prova acerca da quantidade da maconha que se diz encontrada na posse da acusada. Embora lavrado o auto de prisão em flagrante, precedido do exame de constatação, inexistente o termo de apreensão referente à maconha, em causa, através do qual possível aferir-se sobre a quantidade.

Em uma primeira reflexão, po-

der-se-ia prover o apelo, para reformar, *in toto*, a sentença recorrida à insuficiência dos elementos formadores que dão corpo de delito (seria o termo de apreensão da erva).

Mas, considerado o exame de constatação, o toxicológico e a confissão da própria acusada quanto à posse da maconha, admite-se reunirem-se nos autos os elementos concernentes à existência material da violação da Lei 6.368/76.

Mas, não para considerar-se configurado, *in casu*, o crime de tráfico de maconha. A prova, no particular, mostra-se insuficiente.

Nem mesmo se tem por comprovada a quantidade, para os fins da aplicação do art. 37 da referida lei. Resulta, por outro lado, dos elementos informativos dos autos, haver sido encontrado com a acusada um cigarro, ou um charuto, podendo-se até conjecturar que pudesse ser desdobrado em "dolinhas", para venda.

Ocorre, por outro lado, que a acusada sempre declarou que a maconha que conduzia, no momento em que foi presa, destinava-se ao seu uso, embora não viciada (fls. 5/8 e fl. 25).

Ora, em face da realidade fática que os autos espelham, não há como se falar em tráfico senão no plano das conjecturas.

Nessas condições, acolhendo o parecer da douta Procuradoria de Justiça, prové-se o apelo, desclassificando-se para o art. 16 da Lei 6.368/76 o crime imputado à acusada, fixando-se a pena-base, ou um ano e seis meses de detenção e 80 dias-multa, atendendo aos índices do art. 59 do Código Penal, sobretudo os seus péssimos antecedentes, com envolvimento anterior em crimes da natureza do que cuidam os presentes autos.

A falta de agravantes ou atenuantes, ou causa de especial aumento, ou diminuição, referida pena resulta concretizada, sendo o cumprimento da pena privativa da liberdade em regime semi-aberto.

Sala das Sessões, 31 de maio de 1990. Ivan Brandão – Presidente e Relator.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. TIPICIDADE (AUSÊNCIA). FALTA DE JUSTA CAUSA.

Ausência, na espécie, dos elementos tipificadores do crime; falta de justa causa para instauração da ação penal.

*Concede-se a ordem de *habeas-corpus* para trancar a ação penal, se, das peças informativas que fundamentam a inicial acusatória, ressalta de modo explícito que o impetrante e paciente não agiu com dolo direto.*

H.C. 175/89. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 175/89, da comarca de Poções, em que é impetrante Lindolfo Deocleciano de Souza em seu favor.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem discrepância de votos, em deferir a ordem impetrada.

Lindolfo Deocleciano de Souza, casado, subscritor dos Feitos Criminais da comarca de Poções, aposentado, servindo como fiscal da Sunab, residente e domiciliado naquela cidade de Poções, com fundamento nos arts. 647, 648 e seguintes do Código de Processo Penal, impetrata a presente ordem de *habeas-corpus* em seu favor, objetivando o trancamento da ação penal a que responde, por infração ao disposto no art. 339 do Código Penal, perante o juízo de direito da comarca de Poções.

Relata que o ora paciente e o seu

colega Miguel França Sampaio como fiscais da Sunab, tendo recebido notícias de que o Sr. Samuel Gerônimo de Abreu, açougueiro de profissão e fazendeiro, estava estocando em sua própria residência, situada na rua Régis Pacheco, a carne que escondia, dirigiram-se até o local em companhia de dois policiais, onde encontraram carne de dois bois, cerca de 300 quilos, sendo despostada à luz de candeeiro.

Prenderam o Sr. Samuel Gerônimo de Abreu em flagrante, por sonegação de venda de carne, portanto, como infrator da Lei 1.521/51, e conduziram-no à Delegacia de Polícia, onde foi autuado em flagrante, após o que foi liberado, mediante fiança.

Indicaram como testemunhas Pascoal Palladino, Joaquim Ferreira de Almeida, Claudionor Miranda de Oliveira e Claudionor Ferreira Campos, vulgo "Nô Preto", todos comerciantes na cidade, sendo que Pascoal Palladino estava com uma cesta à procura de carne. Porém, o senhor delegado de Polícia, Valdivino José Vieira, não aceitou as testemunhas, preferindo ouvir outras a seu contento.

O Ministério Público, órgão de apoio da Sunab nesta cidade, pronunciou-se pelo arquivamento do inquérito (cópia do parecer de fl. 16).

O doutor juiz acatou o parecer da Promotoria Pública e determinou o arquivamento do inquérito (cópia do respeitável despacho de fls. 16 verso).

Com o arquivamento do inquérito policial, Samuel Gerônimo de Abreu, falecido em 7 de abril de 1988, em 17 de setembro de 1986, de posse de um abaixo-assinado com centenas de assinaturas, sem constar endereços, profissões e idades e sem que as firmas estivessem reconhecidas, deu entrada no juízo da comarca de Poções de uma representação criminal contra o impetrante e paciente.

Com vista dos autos, a doutora promotora pública da comarca, alegando razões de foro íntimo, deu-se por suspeita, sendo os autos encaminhados à

doutora promotora pública substituta, da comarca de Boa Nova (fl. 61), que ofereceu a denúncia contra o impetrante e paciente em 29 de dezembro de 1987 (cf. fls. 59/60).

Recebida a denúncia pelo doutor juiz em 6 de julho de 1988, designou sua excelência o dia 26 de julho de 1989 para o interrogatório, tendo o Ministério Público excluído da denúncia o outro fiscal da Sunab, Miguel França Sampaio, o que demonstra imparcialidade, esquecendo-se do que dispõe o art. 49 do Código de Processo Penal.

O impetrante e paciente, confiante na serenidade e no espírito de justiça desta alta Corte, espera que seja determinado o trancamento da ação penal.

O pedido veio instruído com os documentos de fls.

Após as informações de fls. 73/74, opinou o ilustre doutor procurador de Justiça, Dr. Arnaldo Augusto Goulart Novis:

Parecer 1.006

"Abaixo-assinado, dizendo do bom conceito de que supostamente gozava o já falecido representante, além de não substituir os elementos de convicção que o inquérito policial melhor propiciaria, não significa, necessariamente, prova de que o representante, ora paciente, fiscal da Sunab que era, houvesse autuado e prendido em flagrante o primeiro mencionado, sabendo-o inocente do delito previsto no art. 11, alíneas *a* e *b*, da Lei Delegada 04/62, mormente quando a prova material – a grande quantidade de quilos de carne bovina –, de fato existente e apreendida, vinha sendo 'despostada' na calada da noite, à luz de candeeiro, em um cômodo da própria residência do representante, lugar decididamente inadequado, quer do ponto de vista da lei contra os abusos do poder econômico, dado que a sonegação do produto já estava em curso, quer, ainda, sob o ângulo da fiscalização

sanitária, que, por certo, não concordaria com a estocagem em condições tão precárias de higiene.

Arquivamento do inquérito, instaurado contra o representante, não significa o reconhecimento do dolo na ação desenvolvida pelos dois prepostos da Sunab que efetuaram a sua prisão, em decorrência do que lhes pareceu, indiscutivelmente, uma sonegação.

Falta de afirmação expressa no requerimento de arquivamento do inquérito em que se apurava a responsabilidade criminal do representante, de que o paciente sabia ser ele inocente, e, ainda assim, insistiu na lavratura dos autos de infração e de flagrância contra o mesmo, desautoriza que a denúncia e o seu recebimento prescindam dos elementos elucidativos, próprios de um inquérito policial.

Exclusão na representação, e, como consequência, da denúncia, do outro fiscal que participou da prisão e denunciaçāo dita caluniosa, haveria que ser interpretada como desistência tácita quanto a um dos autores do suposto delito, o que impediria a propositura da ação, de que ora se pede o trancamento, apenas contra o paciente.

Pelo deferimento da ordem.

1. Os fatos (relatório)

1.1. Na condição de fiscais da Sunab, o ora paciente e seu colega Miguel França Sampaio, em razão de notícia que receberam, de que o Sr. Samuel Gerônimo de Abreu, açougueiro de profissão e 'double' de fazendeiro, estava escondendo em sua própria residência uma grande quantidade de quilos de carne bovina, realizaram diligência a que, por determinação legal das funções a que ambos exerciam, estavam autorizados a fazê-la, do que resultou, em face da existência no local apontado do produto estocado, visando sonegação para venda posterior acima dos preços tabelados, a prisão, autuação e decorrente indiciamento do mencionado senhor, hoje já falecido, fator este, todos

eles ocorridos na noite de 18 de junho de 1986.

1.2. Posteriormente, porque o inquérito policial, em virtude de não haver o senhor delegado de polícia, que o presidiu, se dignado a ouvir as testemunhas que o paciente e seu colega arrolaram, isto provavelmente, assim afirmam, em razão da forte pressão que o então indiciado, homem de razoáveis recursos econômicos, exercera sobre aquela autoridade, a prova, como é natural, se ressentiu de melhores elementos de convicção, do que resultou o arquivamento dos seus autos, que não traduziam na visão do membro do ministério da comarca, o cometimento efetivo do delito de que trata a Lei Delegada 04/62.

1.3. Livre, então, o Sr. Samuel Gerônimo de Abreu do processo penal, representou contra o paciente, acusando-o da prática criminosa da denunciaçāo caluniosa prevista no art. 339 do Código Penal, excluindo, todavia, desta representação, o nome do seu colega de função e, também, participante da diligência da noite de 18 de junho de 1986.

1.4. A representação, que praticamente se estribou num abaixo-assinado quilométrico, em que as assinaturas não se vêem confirmadas pelo reconhecimento das firmas dos seus signatários, e por isso mesmo desprovidas de maior validade jurídica, não fosse ainda o pecado da grafia semelhante de boa parte dos assinantes, sendo aceita pelo órgão do Ministério Público, que não atentou, sequer, para o cabuloso detalhe da desistência quanto ao colega do paciente, prescindindo do inquérito policial, gerou o processo criminal que ora se pretende ver trancado, em razão de que não tem se configurado o delito que se quer irrogar ao paciente, e só a ele, e onde a condição essencial é a prova de que ao denunciar o representante, hoje falecido, o fizera dolosamente, sabendo-o inocente da sonegação da carne que apreendera como prova material da 'suposta' infração contra a economia popular.

1.5. Em vista, pois, de todos estes fatos, e sentindo-se ilegalmente cons-

trangido como réu de um processo penal, que pelos aspectos enfocados na impetração, não deve prosperar, é que espera o paciente e impetrante o deferimento da ordem, com o consequente trancamento do perverso procedimento.

São estes, em resumo, os fatos.
2. O direito.

2.1. Já havendo enfocado, embora de modo sucinto, como sói acontecer numa ementa, todos os aspectos legais que impediriam a propositura do processo a que o paciente está submetido, de forma injusta, lembramos, apenas, nesta oportunidade, que a prova do delito contra a economia popular, praticado pelo representante, hoje falecido, viu-a até mesmo a ilustre promotora de Justiça da comarca de Poções, ao requerer de forma contraditória o arquivamento do inquérito a ela submetido.

Assim, ao afirmar que 'o indiciado é estabelecido comercialmente no box 79, no Mercado Municipal, num pequeno espaço físico que não comporta o volume da mercadoria', estaria ela própria a reconhecer que a enorme quantidade de carne estocada na residência do então indiciado, e posteriormente representante, nada mais era do que uma prova eloquente de que, comercializando bem acima de suas reais condições de armazenamento do produto, o fazia o indiciado com insofismável ganância

e fortíssimos indícios da prática da infração por que fora autuado e preso.

2.2. Não afirmando, contudo, em seu parecer pelo arquivamento, que o ora paciente, ao prender o representante, agira movido pela má fé, dizendo que era a falta de melhores elementos de prova que a levaram a assim proceder, estaria o órgão do Ministério Público impedido, posteriormente, levado por um desacreditado abaixo-assinado, de denunciar o paciente, sem que antes requisitasse a abertura de um competente inquérito policial.

3. Conclusão

3.1. *Ex positis*, somos pelo deferimento do *writ*, trancando-se destarte a ação penal a que o paciente responde". (sic).

Defere-se o pedido de trancamento da ação penal instaurada contra o impretrante e paciente, adotando como razões de decidir as do douto parecer do excelentíssimo senhor doutor procurador de Justiça, que fica fazendo parte integrante deste. Estão elas em perfeita conformidade com os elementos informativos constantes dos autos e ajustam-se a um dos casos em que se admite o trancamento de uma ação penal.

Salvador, Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal, 16 de novembro de 1989. Ivan Brandão – Presidente. Ayrton Freitas – Relator.

SENTENÇA

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO.

Juiz de Direito da Comarca de Antas.

Vistos, etc.

Em 21 de dezembro de 1989, José Moreira Filho, por ilustre advogado, ajuizou ação de consignação em pagamento contra o Banco do Brasil S/A, por sua agência em Antas (BA), pelas razões seguintes:

1 – firmou, em 20 de abril de 1989, uma operação bancária no valor de NCz\$2.044,05 com a finalidade de liquidar uma outra, datada de 1988. Posteriormente, pactuou um outro mútuo, no valor de NCz\$2.100,00, para limpeza de pastagens, totalizando, assim, uma dívida de NCz\$4.144,50;

2 – estaria a dever ao banco a quantia de NCz\$4.642,05, correspondente ao capital mutuado e mais os juros de 12% a.a., estabelecidos pela Constituição Federal;

3 – ao procurar o credor para resarcir o mútuo, foi-lhe apresentado um saldo devedor tão elevado que seria necessária a venda de todo o patrimônio para poder satisfazer o pedido do credor.

Ante a impossibilidade de uma solução amigável, decidiu residir em juízo para, pelo conduto da consignatória, quitar o montante devido.

Designados dia e hora para pagamento ou depósito, o credor, regularmente citado, não compareceu.

Em 26 de janeiro de 1990, em alentada e substancial peça técnico-jurídica, o banco contestou, argüindo:

1 – preliminarmente, extinção do processo, por inépcia da inicial, eis que a ação consignatória é estritamente declaratória, não podendo servir como meio de desconstituição de obrigações.

2 – No mérito, centra a defesa em dois aspectos, embora ressalte que os mesmos não foram abordados de forma clara e conclusiva pelo autor:

2.1 – constitucionalidade dos juros superiores a 12% a.a., tendo em vista que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável, carecendo de lei complementar a ser votada pelo Congresso e

2.2 – legalidade da incidência da correção monetária nas operações de crédito rural, eis que o decantado art. 9º do Dec.-lei 70 visou, única e exclusivamente, regulamentar o Sistema Financeiro de Habitação, não se aplicando, em consequência, as operações de Crédito Rural, cujo diploma regulamentador é o Dec.-lei 167/67, com respaldo no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Além disso, ressalta que os títulos objeto da pendenga são notas de crédito rural e não cédulas hipotecárias.

Com a contestação, o banco fez vir aos autos farta jurisprudência, em anexo.

Ao falar sobre a contestação (fls. 111/112), o autor reiterou os termos da inicial e, de forma mais enfática e clara, asseverou o que o réu havia intuído na contestação, ou seja, buscar eximir-se

Bahia For.	Salvador	v.35	p.201/216	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

do pagamento da correção monetária e dos juros e taxas superiores a 12% a.a.

Vieram-me os autos conclusos.

Passo a decidir.

A matéria enfocada atende aos requisitos do art. 330, I, do Código de Ritos. Dispensável, em consequência, a fase instrutória. Ante tal fato, vou proceder ao julgamento antecipado da lide.

Rejeito a preliminar argüida, eis que, entendo, a consignatória, no caso, teve como escopo liberar o devedor da obrigação assumida. Não foi outro o seu intuito. Adroaldo Furtado Fabrício já ministrou ensinamento nesse sentido, ao assegurar que a ação de consignação “é, antes de tudo, uma forma de extinção das obrigações”.

Por outro lado, a jurisprudência não é pacífica quanto a admitir-se discussão em torno da origem e natureza do débito em consignatórias. Tanto não é que, em confronto com os respeitáveis arestos trazidos à colação pelo réu, “a jurisprudência tem se firmado em posição mais liberal quanto ao objeto da ação consignatória, admitindo-se a discussão em torno da origem e natureza do débito, ou do seu valor, em contraste com a tese restritiva de seu âmbito”. In Paula, Alexandre, *Código de Processo Civil Anotado*, 4. ed., ERT, 1988, v. 4, fl. 3.021 (ac. unân. da 9^a Câm. do 2^o TACív.-SP, na ap. 160.714, rel.-juiz Toledo Nacarato).

Vê-se, portanto, que a preliminar há que ser rejeitada, posto inaplicável ao caso vertente, onde, sem nenhuma dúvida, o intento do autor era tão-somente ser liberado da obrigação assumida.

Quanto ao mérito, a matéria deve ser examinada, tendo em vista dois aspectos distintos, embora convergentes, quais sejam:

1 – *constitucionalidade das taxas de juros superiores a 12% a.a.* A Lei Maior, no *caput* do seu art. 192, estabelece, de forma taxativa:

“Art. 192 – O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos

interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

§ 3º – *As taxas de juros reais*, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar” (grifei).

Defluem do texto legal duas questões, uma de ordem jurídico-econômica e a outra puramente jurídica:

a) no primeiro caso, vem à baila a discussão do que sejam “juros reais”. Debatem-se, num questionamento estéril, economistas e financistas na busca de um conceito adequado para a expressão. A possibilidade de encontrá-lo é remota. Não é outra a posição de Ives Gandra Martins, no artigo “O tabelamento de juros na nova Constituição” in *Repertório IOB de jurisprudência*, 22/88, nov/88, 2^a quinz., p. 329:

“... o conceito de juros reais é de impossível conformação, na doutrina econômica e jurídica, pela impossibilidade real de se medir, sem margem de erro, a inflação de um país” (grifo do autor).

E, mais adiante, arremata:

a) não há no mundo, na doutrina, na *praxis* econômica e na jurisprudência forma absoluta para medir, sem margem de erro, a inflação;

b) juros reais são rendimentos de capital, vinculados a empréstimo de moeda, acima de inflação medida sem qualquer margem de erro (grifo do autor);

c) se qualquer margem de erro houver na medição da inflação, os “juros reais” serão irreais, com o que, *tal indicador escolhido tornará inconstitucional a lei complementar, lei ordinária ou resolução que a aplique*” (grifei).

Sob esse ângulo inaplicável, por-

tanto, a taxa estipulada no referido § 3º, eis que persiste a impossibilidade técnica de materializar "juros reais";

b) sob a ótica estritamente jurídica, dispensa-se a aplicação de regras de hermenêutica, eis que o *caput* do art. 192 da Constituição, de clareza solar, estabelece a necessidade de lei complementar para regular o sistema financeiro e, inclusive, dispor sobre as taxas de "juros reais" de 12% ao ano. Ante tal quadro, a questão aventada pelo autor, pugnando pela cobrança de juros de 12% a.a., torna-se bizantina. Enquanto não estiver vigendo a lei complementar de que trata o texto constitucional, não há que se falar em cobrança de tais taxas de juros. A matéria, e evidente, foge da competência do Judiciário, eis que adstrita, ainda, ao Legislativo.

Para concluir, vale trazer as conclusões do professor Ives Gandra Martins, no já citado artigo:

"a) É indispensável lei complementar para explicitar o pensamento constitucional sobre o que seja juro real;

b) a lei ordinária, que regulamentará o crime de usura, depende da lei complementar que afaste do tratamento penal o que não seja usura;

c) apenas após a veiculação de lei complementar, conceituando juro real, será possível veicular-se a correspondente lei ordinária, conformando o crime de usura".

2. Legalidade da cobrança de correção monetária em operações de crédito rural.

Esta questão chega a ser tautológica. Num país em que as taxas inflacionárias mensais chegaram a atingir o vertiginoso patamar de 80% ao mês, corrigir monetariamente a moeda é, tão-só, atualizar o seu valor, buscando evitar a corrosão. Sem que tenha a pretensão de analisar os efeitos e seqüelas da correção para os diversos segmentos sociais, devo destacar que a sociedade mundial, especialmente a área econômico-financeira, ficou perplexa ante o fenômeno brasileiro, quando, a despeito das estratosféricas taxas inflacionárias, a

economia continuava funcionando regularmente, mantendo os níveis de produção, consumo e emprego. Era como se um novelo fortemente amarrado girasse a uma velocidade vertiginosa, em constante aceleração, e nenhuma parte fosse atingida pelo atrito, esfacelando-se ou corroendo-se. A explicação para tão inusitado fato na história econômica contemporânea estava na correção monetária. Sua aplicação, indistintamente, conseguia o milagre de manter, guardadas as devidas proporções, incólume, a espinha dorsal da economia.

Nesse contexto, insisto, a correção monetária é indispensável e, no caso, vale o truismo: a função da correção é tão-somente a de manter atualizado o valor da moeda. Nada mais.

Ora, negar a aplicabilidade do reajuste monetário nas operações de crédito rural serve apenas para ensejar o enriquecimento sem causa, estimulando o descumprimento de contratos celebrados. A questão da viabilidade do crédito rural, nos moldes existentes, é, me parece, de muito maior complexidade e está a carecer de mudanças estruturais capazes de adequá-lo às reais necessidades e características de produtores, de produtos e de regiões. Ao apresentar ao Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da UFPA, em 1976, nossa monografia, deixamos bem claro que, na forma como é aplicado, o crédito rural é incompatível com o pequeno produtor.

A questão, como se vê, é bem mais profunda e está a exigir das autoridades competentes providências urgentes e adequadas. Os limites estritos de uma sentença, especialmente da lavra de um esquecido juiz interiorano, não comportam, entendo, a prática de quixotescas investidas no campo da justiça social.

Por outro lado, sob o aspecto estritamente técnico-jurídico, temos toda uma gama de decisões dos tribunais superiores, pugnando pela necessidade e legalidade da correção monetária nas operações de crédito rural.

A propósito, trago à colação:

a) agravo de instrumento 1.243 – PB, rel.-min. Fontes de Alencar.

Despacho

“Trata-se de agravo de instrumento contra despacho que inadmitiu recurso especial da decisão assim ementada:

‘Lei. Revogação. Financiamento rural. Correção monetária. Contrato. Validade.

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria objeto da lei anterior.

No tocante à aplicação da correção monetária aos financiamentos rurais, o Dec.-lei 70/66 foi revogado por leis subsequentes, entre estas a Lei 6.423 de 17 de junho de 1977.

O contrato faz lei entre as partes e, desde que avençado conforme a lei, deve ser fielmente cumprido, não podendo o Judiciário anular qualquer de suas cláusulas’ (fl. 8).

Alega o recorrente negativa de viência à Lei 4.829/65, Dec.-lei 167/67 e art. 9º do Dec.-lei 70/66, além de dissídio jurisprudencial.

Nos termos postos pelo acórdão, incorrem as alegadas ofensas aos dispositivos legais apontados.

Incide, outrossim, a Súmula 291.

Nego seguimento ao presente agravo (art. 34, parágrafo único do RI/STJ).

Publique-se.

Brasília, 14 de novembro de 1989.
Ministro Fontes de Alencar – Relator”.

In DJU, de 30 de novembro de 1989, fl. 17.729.

b) “Cédula rural. Taxas de correção e de custo de assistência técnica. Sua legitimidade em face da Lei 4.595/64 e das resoluções do Conselho Monetário Nacional.

Na espécie, não incide a Lei da Usura. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido e provido” (2ª Turma, STF, unân., 08.04.80, rec. extraord. 92.343-8-GO, *in RTJ* 121/1.091).

Sob o aspecto doutrinário, vale transcrever trecho do Parecer

PGFN/CRF 676/88, do eminentíssimo procurador da Fazenda Nacional, Obi Damasceno Ferreira:

“Não procede, por igual, a alegação de ilegalidade da atualização monetária nos financiamentos rurais, ainda que se invocando o art. 9º do Dec.-lei 70/66, cujos dizeres estariam supostamente a liberar o crédito agrícola da correção monetária, ou mesmo proibindo sua cobrança nas operações da espécie.

É disparatada tal invocação. Não há que falar em vedação, nem mesmo em isenção.

Referido decreto-lei, em seu art. 9º, não proibiu coisa alguma. Ao autorizar reajustamentos com correção monetária para os empréstimos hipotecários no Sistema Financeiro de Habitação, excluiu, apenas, daquela previsão expressa os financiamentos rurais. Não estabeleceu vedação, nem mesmo liberação de tais operações da correção monetária”.

Verifica-se, em consequência, que a legislação brasileira não contempla texto que proiba a cobrança de correção monetária nas operações de crédito rural. O tão comentado art. 9º do Dec.-lei 70/66 nunca isentou o crédito rural de tal encargo. Admitindo-se, apenas para argumentar, tal efeito a esse decreto-lei estaria ele derrogado em face do disposto no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, com o advento do Decreto-lei 167, de 14 de fevereiro de 1967. Este, sim, editado, após o 70/66, com a finalidade de regular a matéria.

Convém destacar que o legislador constitucional, ao elaborar o texto da Carta Magna vigente, reconheceu, de forma inequívoca, a legalidade da correção monetária nas operações de crédito rural, eis que o art. 47 das Disposições Transitórias, no seu inciso II, trata da sua isenção nas operações com mini, pequenos e médios produtores rurais. Ora, como não é possível isentar-se alguém do que não existe, tem-se, como corolário natural, que a correção monetária, mero instrumento de atualização da moeda corroída, é perfeitamente legal.

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente o pedido e condeno o autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes ora arbitrados em 20% do valor da causa.

P.R.I.

Antas (BA), 12 de junho de 1990.
Alcir Santos de Oliveira – Juiz de Direito – Substituto.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. DIREITO REGRESSIVO DA COMPANHIA SEGURADORA.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Atlântica Companhia Nacional de Seguros, pessoa jurídica de direito privado, com sede na rua Barão de Itapagipe 225, Rio de Janeiro-RJ, e sucursal nesta Capital, na rua Miguel Calmon, 32, Comércio, por suas advogadas, requereu a presente ação de ressarcimento contra Sérgio Alves, não-qualificado, residente na avenida Princesa Isabel, 113, aptº 104, Barra, nesta cidade, alegando:

a) que celebrou com Aldo Picard Moreira contrato de seguro do veículo de placa policial AW-1454, marca Volkswagen, tipo Passat, ano 1981, chassi BT-464.183, conforme apólice 227007246;

b) que o automóvel segurado sofreu danos materiais causados pelo auto de placa AS-5475, de propriedade do réu, motivo pelo qual ressarciu ao segurado o valor equivalente aos danos, no montante de Cr\$129.723,05;

c) que o acidente ocorreu no dia 6 de setembro de 1981, às 14h30min, na Av. Otávio Mangabeira, nesta Capital, ocasião em que o carro de placa policial AS-5475, de propriedade do réu, dirigido por Cláudio M. Coelho, pront. SV/0149883, colidiu com o auto de pla-

ca policial AW-1454, de propriedade do segurado, dirigido, naquela oportunidade, por Emerson Francisco P. Magalhães.

A ação foi processada sob o rito sumaríssimo e, na audiência de instrução e julgamento, o réu a contestou, suscitando, preliminarmente, a extinção do processo, com o argumento que, desde 25 de junho de 1981, deixou de ser proprietário do veículo que teria provocado o acidente, uma vez que o vendeu para o Sr. Methódio Waldomiro Coelho, requerendo que lhe fosse denunciada a lide, nos termos do art. 70, III, do Código de Processo Civil.

Citou-se o denunciado, que aceitou a denuncia, oferecendo a sua resposta, aduzindo, em preliminares, a inépcia da inicial e a prescrição da ação.

No mérito, diz que não tem qualquer responsabilidade pelo acidente, nem pelos danos causados no automóvel segurado, que trafegava na contramão, "tentando ultrapassar uma fila de carros de mais de 500m", "em alta velocidade".

Em sua réplica às contestações, a autora diz que o acidente ocorreu em 6 de setembro de 1981 e a transferência do veículo que o provocou, para o denunciado à lide, deu-se em 11 de setembro de 1981, portanto, após o evento.

Todavia, a responsabilidade assumida pelo denunciado em nada afetará o seu direito à indenização, em razão da culpa provada do condutor do veículo.

Que a alegada prescrição não se estende à causa em julgamento, uma vez que o prazo prescricional de um ano vale, apenas, entre segurado e seguradora.

O denunciado não compareceu à audiência de instrução e julgamento, na qual foram tomados os depoimentos do representante da autora e do réu.

Em suas alegações finais, a acionante, considerando que Sérgio Alves comprovou a transferência do veículo ao denunciado, Methódio Waldomiro Coelho, em data anterior ao acidente, pede que este seja condenado ao ressarcimento pretendido. Por sua vez, o réu

requer a sua exclusão do processo e a condenação da autora em perdas e danos por lhe haver acionado, quando já não era mais proprietário do automóvel causador do dano.

É o relatório.

As preliminares suscitadas na contestação de fls. 86/88 não têm fundamento.

Inépcia da inicial: Como? O pedido, que se contém naquele requerimento, fixa o objeto do litígio e traça, claramente, os limites dentro dos quais é lícito à autoridade judiciária decidir a lide.

Prescrição da ação? Não procede.

“O art. 178, § 6º, II, do Código Civil, ao estabelecer a prescrição ânua, refere-se, específica e restritivamente, à ação do segurado contra o segurador e vice-versa. Não há aplicar, assim, referido preceito às ações regressivas movidas pela seguradora contra o causador do dano, pois este, como é óbvio, nem de longe pode ser equiparado ao segurado” (ac. da 1^a Câm. Cível do TJ-SP, rel. Lothário Octaviano, in *Jurisprudência da prescrição e da decadência*, v. 5, p. 140, de R. Limongi França).

No mérito, trata-se de ação regressiva proposta pela seguradora contra o proprietário do veículo, cujo motorista foi causador de danos, em colisão havida entre aquele e o automóvel do segurado.

A certidão de fl. 09, fornecida pelo Detran, sintetiza os acontecimentos:

O auto de placa AS-5475, de propriedade do denunciado, dirigido por Cláudio M. Coelho, pront. SV/0149883, ao manobrar na pista, colidiu com o auto de placa AW-1454, de propriedade do segurado, dirigido por Emerson Francisco P. Magalhães, pront. SV/0095949, causando danos materiais.

Os gastos efetuados com o reparo do veículo do segurado estão devidamente comprovados através dos documentos de fls. 10/19, cuja inautenticidade está fora de cogitações, sabido, como é, que as seguradoras, em geral, são rigorosas na apuração da exata extensão dos danos.

A responsabilidade civil por ato ilí-

cito pode ser em razão de culpa do próprio autor da ação ou omissão como em razão da culpa de terceiro. No primeiro caso, a responsabilidade se diz direta, recaindo a obrigação de reparar o dano sobre o próprio autor do ato ilícito. No segundo caso, a responsabilidade é indireta e decorre da obrigação do responsável pela vigilância.

O proprietário de um veículo que o entrega à direção de pessoa, mesmo habilitada a dirigir, torna-se responsável pelos prejuízos que, acaso, o mesmo venha a produzir contra terceiros.

É o que estabelece o art. 1.521, III, do Código Civil:

“São também responsáveis pela reparação civil:

I...

II...

III – “O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, servitais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522)”.

A Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal dá o exato entendimento desta disposição:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

A culpa do preposto, portanto, importa na responsabilidade do preponente, de acordo com a nossa lei cível, cabendo, neste caso, a reparação do dano ao denunciado, Methódio Waldomiro Coelho, proprietário do veículo, de placa AS-5475, quando do acidente, uma vez que foi adquirido do réu em 25 de junho de 1981, conforme certidão de fl. 61.

Assim, fica excluído o réu, Sérgio Alves, do pólo passivo nesta lide, mas não lhe reconheço direito à reparação de possíveis danos sofridos, uma vez que a autora o acionou, por culpa do Detran, que lhe forneceu a informação de fl. 8.

Em face do exposto e demais provas que dos autos constam, julgo procedente a ação. Condeno o denunciado, Methódio Waldomiro Coelho, qualificado à fls. 86, proprietário do veículo causador do acidente, a pagar à autora,

na forma dos arts. 159, 1.521, III, do Código Civil, a quantia de Cr\$129.723,05, corrigida a partir de 10 de dezembro de 1981, data do efetivo pagamento (doc. de fl. 10), acrescida de juros de mora, contados da citação do denunciado, (18.06.85, c.f. fls. 83 v), *ex vi* do art. 1.536, § 2º do Código Civil, custas e honorários, estes à razão de 10% sobre o valor da causa, corrigidos de acordo com o Decreto 86.649, de 25 de novembro de 1981.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Cidade do Salvador, 4 de agosto de 1989. Valdecírio de Oliveira Carneiro – Juiz de Direito.

CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO DE ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO. MANDADO DE SEGURANÇA.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc...

Maria Beatriz Moreira Caldas Bastos, qualificada na inicial, com o advogado que constituiu *ut* procuração de fl. 6, impetra mandado de segurança contra ato do Sr. Secretário de Administração e Finanças da Prefeitura Municipal do Salvador, que, através da Instrução 01/89, declarou extinta a forma cumulativa, quanto ao cálculo da gratificação de adicionais por tempo de serviço, do que resultou uma drástica e ilegal redução do valor dos proventos da impetrante. Alegou, em síntese, que até o mês de dezembro do ano de 1988, percebia como procuradora municipal aposentada, vinculada ao Instituto da Previdência de Salvador – IPS –, a importância de NCz\$1.015.175,07 e que, após a edição da instrução 01/89, os ditos proventos foram reduzidos para NCz\$771,46, o que se constituiu numa flagrante violação ao direito líquido e certo que tem a impetrante, de ver man-

tidos os seus proventos sobre os mesmos elementos fáticos jurídicos de que lhes resultou a fixação anterior.

Requisitadas as informações, porque a hipótese dos autos não comportava liminar e nem mesmo fora requerida, prestou o impetrado as informações de fls. 14 *usque* 24, através das quais S. Exa. o Secretário de Administração sustenta a legalidade do ato impugnado, uma vez que a administração limitou-se apenas em observar rigorosamente as normas editadas na Constituição Federal em vigor.

A doutora promotora de Justiça, instada a se pronunciar nos autos, ofereceu parecer opinando pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

Isto posto, decido:

Através do presente mandado de segurança, pretende a impetrante a continuidade da forma cumulativa do cálculo de adicionais por tempo de serviço, fórmula esta que vinha sendo realizada pelo impetrado, até fevereiro de 1989, tendo este baixado instruções com a finalidade de ajustar o pagamento da gratificação adicional por tempo de serviço aos novos parâmetros impostos pela Constituição Federal, que se promulgou em data de 5 de outubro de 1988.

Em que pese a instrução haver incidido sobre situação já definida anteriormente à promulgação da Constituição, não podia a indigitada autoridade coatora deixar de fazer o ajustamento de conformidade com a nova ordem jurídica, que, na forma estatuída no art. 37, vedou as acumulações para fins de cálculos adicionais, taxativamente.

Foi, aliás, o que ocorreu com as demais categorias funcionais, seja no âmbito federal ou no estadual, que, por força das novas regras constitucionais, tiveram que se submeter novamente ao sistema tradicional de cálculo.

Manter a categoria dos procuradores municipais, até mesmo os inativos, intangíveis aos efeitos da nova ordem constitucional, seria tratar desigualmente a uma categoria de servidores em situações funcionais idênticas, além de

manter-se um sistema conflitante com a lei.

Claro que poderia e até seria recebido com aplausos, se as entidades públicas agissem com certa flexibilidade para minimizar os efeitos da lei, incorporando os adicionais aos salários.

Contudo, a não-adoção de tal medida não se constitui ilegalidade a ser corrigida judicialmente, em razão do que, não vislumbro no ato da indigitada autoridade qualquer vício de ilegalidade capaz de ensejar qualquer lesão de direito subjetivo e muito menos líquido e certo como pretende a impetrante.

In casu, a autoridade apenas procurou conciliar o texto constitucional ao sistema de cálculo, revigorando a forma tradicional traçada na Lei Municipal 403/51.

Concluo, portanto, acolhendo o parecer da dota Promotoria de Justiça, denegando a medida heróica pleiteada, por falta de amparo legal.

Deverá a impetrante arcar com as custas do processo, além do pagamento dos honorários de advogado, que ora árbitro no equivalente a um salário mí-nimo vigente, aplicando subsidiariamente o que prescreve a nossa lei adjetiva civil.

Encaminhe-se cópia desta decisão à autoridade apontada como coatora, após o que seja feita a publicação e intimação de praxe.

P.R.I.

Salvador, 13 de maio de 1991.
Raymundo de Souza Carvalho – Juiz de Direito.

FALÊNCIA. AUSÊNCIA DOS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO FALIMENTAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.
Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc...

O Banco do Estado da Bahia S.A., sociedade de economia mista estadual, sediada nesta Capital, através de advogado regularmente constituído, requereu, neste juízo, a falência da Empresa Pesqueira Porto Seguro S/A, pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Porto Seguro, neste estado, dizendo-se credora desta e da importância correspondente a Cr\$7.645.216,00, consubstanciada na escritura pública de emissão de debêntures, lavrada nas notas do Tabelião de Porto Seguro-BA, no livro 16, fls. 1 a 3v, sob o n. de ordem 1.963, em 22 de fevereiro de 1984, re-tirrificada por outras lavradas nas mesmas notas e livro, fls. 16/16v e 25/26, sob números de ordem 1.975 e 1.984, em data de 29 de fevereiro de 1984, e 6 de março de 1984, respecti-vamente, sendo que todas as três es-crituras foram regularmente registradas no cartório imobiliário competente.

Argumenta, outrossim, que a re querida deixara de satisfazer o seu débito e, por via de consequência, tornar-se inadimplente, "sendo a impondulida-de capaz de autorizar a decretação da sua falência".

Entendendo caracterizado o estado de insolvência da demandada, com as certidões que faz acompanhar a exordial, requer sua citação, na pessoa do Sr. Paulo Sérgio Paranhos de Magalhães, a fim de que venha elidir o pedido de falência ou oferecer defesa, sob pena de ser declarada a quebra.

Instruiu a vestibular com os docu-mentos de fls. 4 a 20 e efetuou o pre paro inicial, conforme se depreende da guia de fl. 21.

Regularmente citado (fl. 30), o Sr. Paulo Sérgio Paranhos de Magalhães ofereceu a contestação de fls. 23/28, juntando-se, posteriormente, o mandato procuratório de fl. 33, na qual, de início, justifica sua defesa com fulcro no art. 11, § 4º, da lei falimentar.

De outro lado, como preambulares, suscita: 1) ilegitimidade ativa *ad causam*, porque o requerente não fizera prova de ser credor da requerida, haja vista que não fez exibir o título do seu

crédito, consistente nas respectivas debêntures, documentos estes indispensáveis à propositura da ação; 2) que mesmo provando ser debenturista, o demandante não teria legitimidade para a causa, "porque as debêntures emitidas pela requerida gozam de garantia real e, sem prova de que fossem tais garantias insuficientes ao pagamento da dívida ou da renúncia do credor a elas", não lhe seria possível requerer a falência da demandada; e 3) inépacia da inicial, em face da ausência de causa de pedir, qual seja, prova da mora da devedora, que deveria ser demonstrada com o respectivo instrumento de protestos.

Argumenta, ainda, que o pedido formulado na inicial, baseara-se na imponitualidade e não nas situações previstas no art. 2º do Dec.-lei 7.661/45.

Entendendo que o demandante, ao formular o pedido de falência, atuara com dolo, requer seja ele condenado ao pagamento de perdas e danos, conforme estabelece a regra disposta no art. 20 da Lei de Falências.

Pela decisão de fl. 34, o eminentíssimo doutor juiz de Direito titular da 6ª Vara da Fazenda Pública entendeu ser ele incompetente para conhecer da lide em discussão, em consequência do que o feito foi redistribuído para esta 17ª Vara Cível.

Indeferido os embargos de declaração interpostos pelo contestante (fls. 39/41), chamado a se manifestar sobre a resposta contestatória (fl. 37), o requerente o fez através da réplica de fls. 43/45, argüindo, como preliminar, a revelia da requerida, considerando que o Sr. Paulo Sérgio Paranhos de Magalhães, representante legal da ré, contestaria em nome próprio e não no da sociedade que representa.

No que diz respeito às preliminares levantadas na contestação, assevera: 1) que a qualidade de credor está comprovada pelas Escrituras Públicas de Emissão de Debêntures e respectivo Boletim de Subscrição, que substitui as debêntures; 2) que parte da dívida goza de garantia real, contudo, essa garantia, além de insuficiente, é inócula, em face

dos elevados débitos trabalhistas e fiscais da ré, que são créditos privilegiados; e 3) que o pedido de falência fora formulado com fundamento no art. 2º, I, da Lei de Falências, o que dispensaria a prova do protesto.

Requer, assim, seja declarada a falência da demandada.

Em face dos documentos de fls. 46/49, o contestante se pronunciou às fls. 51/57, declarando, inclusive, que não se encontra à frente da administração da requerida, conforme decisão judicial e, destarte, oferecera contestação "porque a lei permite ao sócio que defenda a sociedade de que participa, sempre que esta deixar de contestar pedido de sua falência".

Anuncia, de outra parte, que nem a falta de contestação conduziria o julgador a proferir sentença declaratória de falência, porque questão relacionada com a legitimação para a causa se constitui em matéria que o juiz pode conhecer de ofício, nos termos da norma contida no art. 267, § 3º do Código de Processo Civil.

Diz, também, que a requerente pretende alterar a causa de pedir, haja vista que, não conseguindo provar a imponitualidade da requerida por meio do protesto cambial do seu título de crédito, pretende embasar sua pretensão na regra do art. 2º, I, da Lei de Quebras.

Contudo, entende o contestante que, mesmo fulcrado no último dispositivo legal mencionado, o pedido não poderia prosperar, porque "o Baneb deveria instruir a inicial com a certidão de que, citada para a execução, a devedora não pagou a dívida, não depositou o seu valor, nem nomeou bens à penhora".

Entende, no final, ser a ação improcedente.

Vieram-me os autos conclusos.

Tudo bem visto e devidamente examinado, é o relatório.

Passo a decidir.

Trata-se, *in casu*, de requerimento de falência formulado pelo Banco do Estado da Bahia S/A contra a Empresa Pesqueira Porto Seguro S/A.

No que concerne à revelia da de-

mandada e suscitada pelo demandante, estabelece o art. 11, § 4º, do Dec.-lei 7.661/45:

"Tratando-se de sociedade em nome coletivo, de capital e indústria, em comandita simples, ou por cotas de responsabilidade limitada, pode qualquer sócio opor-se à declaração da falência, nos termos do parágrafo anterior, se a sociedade, por seu representante, não compreender para se defender ou se a falência tiver sido requerida por outro sócio".

Vê-se, portanto, que o contestante tem legitimidade para opor-se à declaração da falência, razão pela qual não há que se falar em revelia.

Quanto à primeira prefacial – ausência de título de crédito –, sabe-se que qualquer credor pode requerer a falência, no entanto, deve fazer prova dessa sua qualidade junto com a inicial a fim de que demonstre sua legitimidade.

O requisito previsto no art. 9º, III, da lei falimentar não tem por escopo fazer prova de título executivo elencado nas normas dispostas nos arts. 1º e 2º daquele diploma legal, mas, exclusivamente, a qualidade de credor que lhe enseje legitimidade para requerer a quebra.

Inadmissível, como pretende o demandante, que se acolha a substituição das debêntures pelas "Escrituras Públicas de Emissão de Debêntures e respectivo Boletim de Subscrição", em face da natureza jurídica dos títulos de créditos e suas características, notadamente a literalidade e autonomia.

Portanto, a petição inicial deve ser indeferida, *ex vi* do disposto no art. 295, II, do Código Instrumental, motivando, por via de consequência, a extinção do processo sem julgamento do mérito, por força do disposto no art. 267, I, do mesmo estatuto processual, matéria esta que o juiz deve conhecer de ofício, conforme a inteligência da norma inserida no § 3º, deste último dispositivo, e a regra do seu inc. VI.

No que concerne à segunda preambular – o requerente não ter renunciado

a garantia real ou demonstrado que os bens não satisfazem a solução do seu crédito – estabelece o art. 9º, III, b, da Lei de Falências, que:

"A falência pode também ser requerida:

III – pelo credor, exibindo título do seu crédito, ainda que não vencido, observadas, conforme o caso, as seguintes condições:

b) o credor com garantia real se a renunciar ou, querendo mantê-la, se provar que os bens não chegam para a solução do seu crédito; esta prova será feita por exame pericial, na forma da lei processual, em processo preparatório anterior ao pedido de falência, se este se fundar no art. 1º, ou no prazo do art. 12, se o pedido tiver por fundamento o art. 2º".

Depreende-se da premencionada regra que o credor, com garantia real, somente pode pleitear a quebra do seu devedor, desde que renuncie àquela garantia ou prove que os bens não chegam para a solução do seu crédito.

Sustenta o demandante que a garantia, além de insuficiente, seria inócuia em face dos elevados débitos trabalhistas e fiscais da demandada, que são créditos privilegiados.

No entanto, o requerente não fizera, *opportuno tempore*, prova de que os bens dados em garantia não bastam para a solução do seu crédito e mencionada demonstração deveria ser feita em processo preparatório, se o pedido de falência fora fulcrado na norma contida no art. 1º ou no prazo do art. 12, qual seja, junto com a inicial do requerimento de quebra.

Vê-se, portanto, que o requerente não atendeu o preceito contido no art. 9º, III, b, do Dec.-lei 7.661/45, devendo, consequentemente, ser considerado carecedor de ação, em face da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, *ex vi* do disposto no art. 267, IV, do pergaminho processual, ensejando,

igualmente, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Destarte, a segunda preliminar também deve ser acolhida.

De referência à terceira prefacial – o requerente não ter provado a mora da requerida, com o respectivo instrumento de protesto –, argumenta aquele que o pedido de falência fora formulado com fundamento no art. 2º, I, do Dec.-lei 7.661/45.

O credor pode formular o pedido de falência do seu devedor, em caso de impontualidade (art. 1º) ou presunções de insolvência (art. 2º).

Na segunda hipótese, como pretende o requerente, e mais precisamente com base no inc. I, isto é, se o comerciante, executado, não paga, não deposita a importância, ou não nomeia bens à penhora, dentro do prazo legal, tornar-se-ia necessário e indispensável que o autor instruísse a inicial com documento comprobatório de que houvera incidência da regra ali disposta. No entanto, assim não procedeu.

Por outro lado, como acentua o contestante, o requerente, na vestibular, solicitou que se decretasse a falência da requerida, “na hipótese de que não venha a elidi-la com o pagamento da dívida monetariamente atualizada, acrescida dos juros pactuados, mora, despesas judiciais e honorários advocatícios” (*sic*).

Ora, mencionado procedimento não se enquadra naquele previsto no art. 12 e somente se admite que o pedido de falência seja elidido, quando tem por fundamento a impontualidade, isto é, quando requerida com fulcro no art. 1º da Lei de Quebras.

Em assim sendo, deveria o demandante demonstrar a impontualidade da demandada com a certidão de protesto do eventual título motivador da formulação, porém, não o fez. Conseqüentemente, a inicial é inepta, haja vista que lhe falta causa de pedir e, daí, deve ser indeferida, conforme estabelece o art. 295, I, do Código Instrumental, ensejando, mais uma vez, a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Assim, acolho a terceira preliminar.

Poder-se-ia argumentar que o juiz deveria conceder prazo ao requerente para que sanasse aquelas irregularidades, conforme preceitua o art. 284 do Código de Processo Civil.

Contudo, trata-se de irregularidades insanáveis, haja vista que a inicial deveria ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283, CPC), os quais não mais podem vir aos autos, em face da contestação já oferecida.

Nesse sentido, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em respeitável acórdão da lavra do eminente desembargador Osny Caetano, *in verbis*:

“Assim, não podia o juiz, após contestada a ação, com pedido de extinção do processo, pela falta de documento indispensável à propositura da ação, usar da faculdade que lhe dá o art. 284 do Código de Processo Civil e, sim, já que recebera petição inicial viciada e preclusão não ocorre com relação a ele, julgar extinto o processo.

Não é por formalismo, mas pela ordem processual, pelo respeito ao contraditório e até para assegurar o princípio do exame pelo duplo grau de jurisdição é que a parte é obrigada a instruir a petição inicial com os documentos basilares destinados à prova das alegações fundamentais” (*in Jurisprudência Catarinense*, v. 34, p. 382/383).

Outro não tem sido o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em venerável acórdão firmado pelo ilustre ministro Sálvio de Figueiredo, *in verbis*:

“Prova. Documentos indispensáveis. Conceito.

Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juiz. Sem a demonstração efetiva do dissídio não se conhece do recurso especial sob esse prisma” (*in COAD* 51.481, 1990).

Individuosamente, aqueles documentos deveriam acompanhar a petição inicial, uma vez que seriam, como o são, indispensáveis à propositura da ação falimentar.

Sobre o pedido de indenização em perdas e danos, formulado pelo contestante, dispõe a regra do art. 20 da Lei de Falências:

"Quem, por dolo, requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes".

Ora, *in casu*, o demandante requereu a falência da demandada sem instruir a inicial com o respectivo título de crédito e sem a prova da impontualidade da eventual devedora, ou seja, sem a certidão do respectivo protesto.

Assim, manifesto fora o seu dolo em prejudicar não só a requerida como, principalmente, o contestante, pois, como se sabe, o dolo é sempre intencional e não se pode conceber que o requerente ou seus procuradores desconhecessem normas explícitas da lei falimentar e que lhes impunham a obrigação de atendê-las.

No particular, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em lapidar aresto do ilustre desembargador Álvaro Lazzarini, assim proclamou:

"Como ensina Miranda Valverde, a lei não mais exige que seja dolo 'manifesto', como o exigia a anterior. O termo 'dolo' está no dispositivo enfocado no sentido genérico, como sinônimo de 'má-fé', seja, por dolo propriamente dito ou então por culpa estrito sensu, bastando, para verificá-la, simples indícios e circunstâncias. A condenação, em perdas e danos, bem por isso, independe, até mesmo, de pedido do devedor, pois trata-se de pena imposta por lei ao litigante malicioso. Aja o petionário pessoalmente, ou por intermédio de representante, a responsabilidade, por

dolo, culpa ou abuso de direito, é sempre sua. Quem está em juízo é ele, o autor do pedido de falência, e não o representante, e a palavra o diz, que por ele postula, como advogado. Terá, sem dúvida, ação regressiva contra o representante, se foi deste o dolo, a culpa ou o abuso de direito" (*in Revista dos Tribunais*, 595/85-86).

Portanto, o pedido de condenação do autor a indenizar o contestante em perdas e danos deve ser deferido, cujo *quantum* deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Finalmente, esclareça-se que não fora determinada a manifestação do órgão do Ministério Público, considerando que a matéria atacada pelo contestante, em defesa indireta da demandada, poderia e deveria ser conhecida *ex officio* pelo juiz e, inclusive, a inicial ensejava indeferimento de plano e sem maiores formalidades.

Em face das razões supra-alinhadas, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito e o autor pagar ao contestante indenização por perdas e danos, cujo *quantum* será apurado na liquidação da sentença.

Do exposto, extinguo o presente processo sem julgamento do mérito, haja vista que o demandante deixou de instruir a inicial com documentos indispensáveis à propositura da ação, vulnerando-se as regras dispostas nos arts. 9º, III, alínea *b*; e 11, *caput*, da lei falimentar.

De outro lado, em face da norma embutida no art. 20, *caput*, do mesmo diploma legal, condeno o autor a indenizar o contestante em perdas e danos, cujo *quantum* deverá ser apurado em liquidação da sentença.

Condeno o autor, ainda, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes na base de 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Publique-se. Registre-se. Intimense.

Salvador, 6 de fevereiro de 1991.
Clésio Rômulo Carrilho Rosa – Juiz de Direito.

ROUBO.

Juiz de Direito da Comarca de Lençóis.

Vistos, etc.

A promotora pública denunciou, à fl. 2, com supedâneo em inquérito policial, Marcelo José da Silva, qualificado nos autos como incursão nas penas dos arts. 157 e 288, do Código Penal, articulando, resumidamente:

– que o denunciado e mais quatro comparsas, armados de revólveres e es-copetas, assaltaram a agência do Banco do Brasil S.A. desta cidade, no dia 6 de novembro de 1987;

– que o denunciado e seus comparsas subtraíram um total de Cz\$2.495.000,00 dos cofres da agência;

– que o denunciado, sempre com seus comparsas, usou de violência, agredindo com golpes de pontapé Edvaldo Antônio Pereira dos Santos e Paulo César Campos Araújo, e atingindo, à altura do punho direito, com um disparo de revólver, o vigilante José David Alves Neto.

A denúncia foi recebida em 29 de janeiro de 1987.

Posteriormente, a doutora promotora pública ofereceu denúncia (fls. 4/5) contra Alchareas Souza do Nascimento e, ainda, contra Fernando de tal, Paulinho de tal, Jorginho de tal, Roberto de tal e Luiz de tal, pelos mesmos fatos acima descritos, dando-os como incur-sos nas penas dos arts. 157, § 2º e seus incisos, c/c os arts. 29, 129, *caput*, e 288, todos do Código Penal.

Despachando esta peça, o meritíssimo juiz de direito, então titular desta comarca, determinou sua juntada aos "autos 1/87", para, noutra oportunida-de, recebê-la, consoante se vê do despa-cho exarado à fl. 154.

Os réus Marcelo José da Silva e Alchareas Souza do Nascimento, citados pessoalmente, foram interrogados, às fls. 98/100 e 169/171, respectivamente. Citados por edital, publicado no átrio do Fórum (fl. 161) e no Diário Oficial (fl. 174), os demais réus não se fizeram presentes ao interrogatório. Decretada a

revelia, nomeado defensor dativo (fl. 198), deu-se prossecução ao feito, tendo os réus apresentado defesa prévia. As testemunhas do rol da denúncia foram ouvidas às fls. 132/136 e 213/214. Em reinquirição atermada à fl. 214, ou-viu-se a testemunha Juarez Almeida da Silva.

Por determinação da superior ins-tância, que, conhecendo *habeas-corpus*, deferiu o trancamento da ação penal, o réu Marcelo José da Silva, havido por menor, inimputável, pois, foi alijado do processo, que teve curso normal com relação aos demais acusados.

Não foram requeridas diligências e, na fase subseqüente, vieram as alega-ções finais:

1) o órgão do Ministério Públíco, pugnando pela condenação de todos os réus, à exceção de Joázinho de tal e Fernando de tal, a seu ver, por inexisti-rem provas de que hajam participado do roubo;

2) a defesa, pelo defensor dativo dos revéis, pleiteando o reconhecimento da inépcia da denúncia, por ausência de elemento essencial, traduzido na falta de qualificação dos acusados;

3) a defesa, ainda, pelo réu Alchareas Souza do Nascimento, suscitando preliminares – adiante analisadas – e, no mérito, negando a autoria.

É o relatório.

Incialmente, é de se examinar as preliminares argüidas:

a) a menoridade do réu Marcelo José da Silva, como circunstância apta a nulificar todo o processo.

Não é de se negar que o menor Marcelo José da Silva foi denunciado pela doutora promotora pública. Inob-stante, de igual modo inegável que, oportunamente, o egrégio Tribunal de Justiça, por uma de suas Câmaras Criminais, ao reconhecer a menoridade do acusado e, por consectário lógico, a sua inimputabilidade, determinou fosse, com relação a este denunciado, tão-só e ex-clusivamente, trancada a ação penal. Assim, é que da ementa se lê:

"Tal trancamento não alcança pos-síveis réus maiores" (fl. 340).

Vê-se, portanto, que a invocada ilegitimidade passiva só pôde ser reconhecida para excluir da relação processual o menor Marcelo José da Silva, não alcançando, pois, os "réus maiores", como Alchareas Souza do Nascimento.

Não é, por conseguinte, de se albergar a preliminar suscitada.

b) Duplicidade de denúncias. Inexistência.

Insurgiu-se o acusado Alchareas Souza do Nascimento, em suas alegações finais, contra o que rotulou de "inovação na presente ação penal" que "teve duas denúncias (...) sabido que a denúncia é peça primeira" (fl. 416), pugnando, por isso mesmo, pela decretação da nulidade do processo.

Mais uma vez, não se pode acolher a preliminar aduzida. Senão, vejamos:

É certo que a denúncia é uma só e, sob esse prisma, não se pode ver também como denúncia a peça de fls. 4/5. Há, ali, tecnicamente, um aditamento, nos moldes estabelecidos pelo art. 569 do Código de Processo Penal. O *nomem juris* que lhe emprestou o órgão do Ministério Pùblico é irrelevante, porque, *in casu*, tem-se que analisá-la sob o aspecto substancial (em que pese uma possível irregularidade formal).

A meu ver, não há causa para decretação de nulidade. Houve, sim, mera irregularidade e esta "nada mais é senão inobservância de formas, de molde a não produzir nulidade".

Diz-nos a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

"Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial".

E corolário deste entendimento que não há nulidade sem prejuízo. Di-lo, expressamente, o art. 563, do Código de Processo Penal:

"Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa".

De observar-se, no mais, que ao acusado foi assegurada ampla defesa,

inclusive reinquirindo-se testemunha de acusação.

Alchareas Souza do Nascimento Fernando de tal, Joãozinho de tal, Roberto de tal, Paulinho de tal e Luiz de tal foram os partícipes do roubo elencado pelo Órgão do Ministério Pùblico à fl. 04, tendo-se em conta a exclusão de Marcelo José da Silva, pelas razões acima expostas. Nas alegações finais, sua excelência o promotor de Justiça houve por bem excluir do rol de acusados Fernando de tal e Joãozinho de tal. Andou com acerto a acusação, eis que sobejamente provada a participação de somente cinco pessoas na empreitada delituosa, incluindo-se aí Marcelo, reconhecido inimputável por ser menor, re-pita-se.

Com efeito, há cabal evidência disso. Marcelo, em seus depoimentos na Policia (fl. 32) e na Justiça, refere-se a Paulinho (Paulo, como disse), Roberto, Luiz e Xaréu. Alchareas (fls. 150/152) menciona Fernando, Paulinho, Joãozinho e Marcelo.

Mas, se evidenciada a participação de cinco, somente dois deles foram identificados: Marcelo, excluído do processo, e Alchareas.

A exceção de Paulinho de tal, não há coincidência de nomes – apenas de número – nas relações apresentadas por Marcelo e Alchareas, o Xaréu. Mas, como os demais, mesmo Paulinho de tal não pôde, dentro dos critérios legais, ser identificado: qual a sua cor? e a altura? e a compleição física? onde reside? em São Luiz do Maranhão ou em Vitória (consoante dúvida estabelecida por Marcelo quando depôs na Policia)? é mais conhecido como Paulinho ou como Paulo (como a ele se referiu Marcelo, no seu interrogatório)?

"A impossibilidade de sua identificação, com o verdadeiro nome ou outros qualificativos, não impede seja instaurada a ação penal, desde que se conheça a identidade física por outros meios, como traços característicos, o pseudônimo, a alcunha, a profissão, as impressões digitais etc. enfim, desde que se saiba que o indivíduo é, de fato, aquele

contra quem se quer agir".

Há, pois, a ausência de elemento inerente à denúncia: a qualificação do acusado. Houve, assim, inobservância do que estabelece o art. 41 do Código de Processo Penal, o que se constituiria em mera irregularidade, se fosse suprida a tempo.

"Qualificação é o ato de qualificar – e, por extensão, o conjunto de qualidades que individuam a pessoa", ensina Tornaghi (*Instituições*, 2. ed., v. 2, p.328).

"O prenome, por si só, é insuficiente para a identificação. José, pura e simplesmente, nada diz. O acréscimo dos apelidos da família já particulariza. José da Silva é menos genérico do que José, simplesmente. Mas é possível, e mesmo certo, que muitos José da Silva existam. O estado civil, a profissão e outros dados terminam por situá-lo entre todos os homônimos de modo inequívoco" (J. J. Calmon de Passos, em *Comentários ao CPC*, v.3, 3a, p. 215).

Urge, pois, por imperativo de lei, a rejeição da dentúcia, no que tange aos acusados não qualificados ou sem esclarecimentos suficientes o bastante para serem identificados.

Resta, portanto, saber qual a participação de Alchareas Souza do Nascimento, o Xaréu, no evento delituoso.

A materialidade está comprovada, à farta. Em abono das outras provas, tem-se a confissão de dois dos partícipes: Marcelo e Alchareas. Muito embora, em seu interrogatório na fase processual, este último tenha negado a autoria, fato que contrasta com as demais provas colhidas.

A autoria foi confessada por Alchareas, quando depôs na Polícia, e sobejamente comprovada pelas testemunhas, todas *de visu*, em depoimentos convincentes, escoimados de dúvidas, e que, por isso mesmo, guardaram correspondência entre si.

Disse Juarez Almeida da Silva, testemunha reinquirida às fls. 214/215:

"Que o denunciado, reconhecido hoje nesta assentada, é o indivíduo que a testemunha informou no seu primeiro

depoimento, como sendo aquele assaltante que entrou com dois revólveres na mão..."

Noticia Paulo César Campos Araújo, às fls. 213/214:

"... entrou o primeiro assaltante; que este assaltante foi o denunciado Alchareas (...) o Alchareas deu um tiro para cima e outro para o chão (...) que estava trabalhando armado, mas a arma lhe foi tomada pelo denunciado Alchareas..."

É de observar-se, ainda, que, levando a ser reconhecido pelas testemunhas, todas, à unanimidade, o indigitaram como um dos envolvidos no assalto.

E mais, como que se perseguido pela sorte, na hora do assalto, Alchareas Souza do Nascimento deixou cair sua carteira de identidade e um certificado de dispensa de incorporação, do Ministério do Exército (fl. 90), documentos que, no local e logo após o assalto, foram recolhidos pela testemunha José David Alves Neto (fls. 16/17).

Por fim, o depoimento de um outro envolvido no delito, Marcelo José da Silva, o incrimina, à saciedade:

"Xaréu, seu companheiro de assalto, é o mesmo Alchareas Souza do Nascimento..." (fl. 98).

Posto isto, julgo procedente, em parte, a ação penal, para considerar Alchareas Souza do Nascimento como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, passando a apená-lo.

O réu é primário. Inobstante, tem péssimos antecedentes. A sua conduta social não o beneficia. Da personalidade do réu, a mentira é apanágio intrínseco. Por isso, após análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em seis anos de reclusão, que majoro de um terço, em face da reincidência do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, elevando-a, pois, para oito anos, pena que torno definitiva ante a ausência de causas de diminuição e aumento de pena. Fixo-lhe, ainda, a pena de 30 dias-multa, equivalente à diária multa a um trinta avos do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

O réu deve, inicialmente, cumprir a pena sob o regime fechado, na penitenciária do estado.

Custas pelo réu, que terá o seu nome lançado no rol dos culpados.

Transitada em julgado, expeçam-se mandado de prisão e ofícios necessários.

P.R.I.

Lençóis, 23 de outubro de 1989.
Rolemberg Costa – Juiz de Direito.

CONCURSO DE JUIZ DE DIREITO

PROVA DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL *

1. Histórico

Ribamar Brasileiro dos Anjos, brasileiro, separado judicialmente, bancário, residente e domiciliado nesta Capital, Agripino Salvador de Jesus, brasileiro, solteiro, comerciário, residente e domiciliado nesta Capital, celebraram contrato de compromisso de compra e venda de um terreno situado nesta Cidade, conforme documento; o preço do negócio foi Cz\$20.000.000,00, cujo pagamento foi assim avençado: a) Cz\$10.000.000,00, pagos no ato da assinatura do contrato preliminar em 30 de junho de 1987; b) a outra metade, em cinco prestações iguais de Cz\$2.000.000,00 pagos nas seguintes datas: 30 de agosto de 1987; 30 de outubro de 1987; 30 de dezembro de 1987; 28 de fevereiro de 1988 e, finalmente, 30 de abril de 1988, quando seria outorgada a escritura definitiva de compra e venda do imóvel.

O contrato de compromisso silenciou quanto à possibilidade ou não de retratação ou arrependimento. O compromitente recebeu pontualmente a metade do preço na assinatura do contrato de compromisso, na data aprazada. Não quis receber, entretanto, o restante do preço da transação, alegando impossibilidade do cumprimento do pacto, devido à inflação de 25% ao mês, o que importa na correspondente correção

monetária, para impedir o enriquecimento sem causa, ao que se nega o compromissário, que assim se desobrigou, consignando por ação própria o valor originário da dívida no vencimento de cada prestação, logrando obter decreto judicial de procedência da consignatária.

O contrato de compromisso não foi levado ao registro imobiliário.

Ribamar (compromissário) ajuizou ação de conhecimento contra o compromitente Agripino, a fim de que lhe seja adjudicado o imóvel. Nos termos da lei, foram designados dia e hora para realização da audiência de instrução e julgamento, fazendo-se citar regularmente o réu. Na audiência, não houve acordo, tendo o réu oferecido sua defesa, em que arguiu principalmente que o autor é carecedor da ação proposta: a) por impossibilidade jurídica do pedido diante da ilicitude da pretendida vantagem; b) por falta de interesse de agir na ausência de registro do contrato preliminar; c) por ilegitimidade da parte autora, uma vez que na propositura da ação era casado e sua consorte não integrou a relação processual, considerando que figura no polo ativo somente Ribamar.

No mérito, sustenta que a ação deve ser julgada improcedente, porque não há compromisso expresso de outorga da escritura definitiva ou de aceitação de adjudicação. Pede, por fim, a extinção

* Prova para provimento de cargo de juiz substituto

Bahia For.	Salvador	v.35	p.217/220	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

do processo sem julgamento do mérito ou a improcedência da ação, condenado o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre os Cz\$20.000.000,00, acrescidos de juros e correção monetária na forma da lei.

Ouvido, o autor impugnou a contestação, procurando rebater os pontos suscitados pelo réu da seguinte forma: 1) inexistência de ilicitude do pedido, porquanto o preço concertado foi compatível com a forma de pagamento, sem perder de vista a previsível inflação; 2) a jurisprudência, ainda que tenha sido vacilante, de infício, quanto ao socorro da prestação jurisdicional a interesse em ação adjudicatária descoberta do registro do contrato preliminar, atualmente se inclina para o entendimento segundo o qual, inadmitido o arrependimento e pago o preço, o compromissário tem direito à adjudicação compulsória, mesmo sem o registro imobiliário; 3) a falta de consentimento de sua ex-mulher foi uma mera irregularidade já afastada pela sentença de separação judicial, máxime porque era casamento sob regime de separação total de bens, tudo conforme documentos que se encontram nos autos, já do conhecimento do réu.

Quanto ao mérito, manifesta-se no sentido de que a obrigação de outorga da escritura definitiva, sob pena de adjudicação compulsória, opera *ipse jure*, isto é, sob a égide da proteção que o ordenamento jurídico assegura ao direito subjetivo material. Arremata, requeren-

do a rejeição das preliminares, porque sem suporte jurídico, e a procedência da ação por sentença substitutiva da declaração de vontade, condenado o réu nas custas do processo e honorários advocatícios de 20% sobre o valor atribuído à causa, nos termos da inicial.

O juiz, afirmando que as preliminares envolvem o próprio mérito da causa e não existe prova a ser produzida em audiência, remeteu referidas questões à sentença, sem oposição recursal ao julgamento antecipado da lide, conforme o estado do processo. Os autos estão em ordem, inclusive contados e preparados para o decisório.

II. Quesitos

1. Profira sentença segundo seu entendimento. Valor: 5 (cinco) pontos.

2. Responda, justificadamente. Valor: 5 (cinco) pontos, a saber:

a) a promessa de compra e venda constitui um direito real: sobre coisa própria, sobre coisa alheia, de garantia de aquisição da coisa, ou um direito obrigacional? Valor: 2 (dois) pontos;

b) por que se diz que a sentença de adjudicação compulsória é constitutiva, realizando-se e exaurindo-se nela mesma? Valor: 1,5 (um ponto e meio);

c) o que você entende por pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular e por condições da ação de adjudicação compulsória, especificamente no respectivo processo? Valor: 1,5 (um ponto e meio).

PROVA DE DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL *

1. Histórico

Pedro Esperto, brasileiro, solteiro, corretor, residente na rua das Cerejeiras, 20, Brotas, nesta Capital, e José Crédulo, brasileiro, solteiro, fazendeiro, residente em Cirandela, neste Estado, celebraram "contrato de promessa de compra e venda do apartamento número 1.004, pertencente ao segundo contratante, situado no edifício Morada dos Deuses, na Praça dos Encantos, 10, nesta Capital".

O pacto estabelece que o promitente-comprador seria (e foi) imitido na posse em 30 de agosto de 1985, enquanto a primeira metade do preço, no valor de Cr\$50.000,00, seria paga em 30 de setembro de 1985, e a outra, em 30 de dezembro de 1985, quando ocorreria a outorga da escritura definitiva de compra e venda, perfazendo-se assim Cr\$100.000,00, valor da transação.

Em 10 de fevereiro de 1986, Pedro Esperto propôs, perante o juiz da 5ª Vara Cível desta comarca, ação de consignação em pagamento, oferecendo depósito da primeira parcela prometida para 30 de setembro de 1985, comprometendo-se a efetuá-lo no dia, hora e local da audiência designada pelo juiz, e a outra porção 30 dias depois da audiência. Pediu a citação do réu no apartamento da Praça dos Encantos. Esperto, pouco depois de ter firmado contrato com José Crédulo, sendo imitido na posse do imóvel, prometeu vendê-lo a Francisco Afoito, conforme acordo da-

tado de 5 de setembro de 1985, com imediata imissão na posse. A audiência foi designada para o dia 22 de fevereiro de 1986, às 14 horas, determinadas a citação do réu a intimação do autor. O réu não foi encontrado naquele endereço; o autor requereu a citação com hora certa, ali mesmo, vendo repelida sua pretensão por insatisfeitas as exigências legais para esse tipo de comunicação de ato processual.

Em 13 de março de 1986, Crédulo, exibindo prova do seu endereço em Cirandela, na rua da Esperança, 200, o mesmo constante do instrumento da promessa de compra e venda, ajuizou perante a 9ª Vara Cível desta comarca uma ação de rescisão do contrato que celebrara com Esperto, argüindo infração por inadimplemento, já que nenhuma das parcelas fora paga. Requeru citação do réu, procedência da ação, decreto rescisório do pacto, reintegração na posse, condenação em perdas e danos, além de custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o valor do negócio rescindendo e das perdas e danos apurados em liquidação por arbitramento. Afirmou a competência do juiz da 9ª Vara Cível para julgar todos os processos à vista da conexão, da prevenção e da continência presentes na espécie, segundo seu convencimento. Acolhendo a argüição da competência, o juiz da 9ª Vara Cível assinou prazo de 30 dias para que Esperto promovesse a citação de Crédulo em Cirandela. Fluído o tempo, o autor da consignatória não

* Prova para provimento de cargo de juiz-substituto.

diligenciou a citação do réu.

Citado nos termos da ação de rescisão do contrato, Esperto respondeu, alegando que o autor não quis receber a importância oferecida, tentando extorquir juros usurários e, proposta a ação de consignação, desapareceu para não ser citado, por isso não houve o pagamento do preço; pleiteou a improcedência da ação, custas do processo e honorários advocatícios de 20% do valor da causa. Suscitou a incompetência do juízo da 9^a Vara Cível, considerando prevento o da 5^a Vara Cível, ambas desta Capital, para a qual pediu a remessa dos autos. Prontamente, reconheio, requerendo guia de depósito de Cr\$100.000,00, para imediata adjudicação do apartamento, pleiteando a procedência da reconvenção e a condenação do reconvindo nas custas do processo e em honorários de 20% sobre o valor da causa.

Intimado, o advogado de Crédulo rebateu as afirmações sobre não ter querido receber o pagamento, sustentando que a consignatária é uma farsa, pois o único endereço de seu constituinte é em Cirandela, na rua da Esperança, 200, e naquela Comarca deveria ter sido proposta a ação cabível e onde teria sido encontrado facilmente para citação válida. Disse que o juízo da 9^a Vara Cível está prevento, que a consignatária está em abandono e como tal deve ser julgada, que o depósito, cuja efetivação se pretende malandramente, não pode ser aceito, por sua inviabilidade, eis que insatisfatório e porque inadequado o procedimento que se quer impor à Justiça, visando à adjudicação compulsória do bem, razão por que da reconvenção carece o reconvinte ou impõe a ação, considerando ainda que a promessa está firmada sob condição

insatisfeta, o que a torna ineficaz. Requereu a procedência da ação que propôs e o deferimento de todas as pretensões deduzidas na inicial.

Prevento o juízo da 9^a Vara Cível, sem oposição recursal, o titular anunciou o julgamento antecipado das lides, conforme o estado dos processos, para conhecimento dos interessados, afirmando ser a hipótese prevista no art. 330, I, do Código de Processo Civil; determinou o preparo para a sentença, o que foi feito, indo-lhe os autos concluídos.

II. Quesitos

1. Faça seu julgamento, desatando todas as questões suscitadas. Valor: de 0 a 5 (zero a cinco) pontos.

2. a) Fale de compromisso, pré-contrato, contrato preliminar e de promessa de compra e venda, bem como de distrato, resolução, resilição, revogação e rescisão, para afinal informar qual a denominação correta do negócio celebrado por Esperto e Crédulo e de qual instituto se deve valer para extinção da avença e ou de seus efeitos. Valor: de 0 a 2 (zero a dois) pontos.

b) A consignação é instituto de direito material ou formal, qual a natureza jurídica do depósito liberatório e a da sentença na consignatária? Justifique. Valor: de 0 a 1,5 (zero a um e meio) ponto.

c) Fale dos componentes da definição legal de causas conexas e das perplexidades que as normas dos arts. 106 e 219 do Código de Processo Civil podem ensejar e das soluções oferecidas quanto à prevenção do Juízo. Valor: 0 a 1,5 (zero a um e meio) ponto.

NOTICIÁRIO

* A PENA E SUA APLICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Síntese histórica. 2. Aplicação da pena e cálculo para sua fixação. 3. Recursos. 3.1. Recurso em sentido estrito. 3.2. Apelação. 3.3. Protesto por novo júri. 4. Conclusão.

“Um Código, por mais completo que possa parecer, mal se vai concluindo, e mil questões inesperadas vêm oferecer-se ao magistrado. Porque as leis, depois de redigidas, permanecem tais como foram escritas. Os homens, ao contrário, nunca repousam; agem sempre, e esse movimento, que não se detém e cujos efeitos diversamente se modificam, produz, a cada instante, alguma combinação nova”.

Portalis

Preliminarmente, desejo expressar meus agradecimentos à OAB, seção de Itabuna, pela oportunidade de poder recordar com estudiosos e admiradores do direito penal o que os mestres nos ensinaram e concomitantemente volvemos nossos pensamentos a relatos de historiadores em cujas páginas fizeram esculpir suas idéias e suas descobertas.

Não estou aqui como mestre, porque não o sou. Admirador da ciência

penal, espero poder contribuir no sentido de motivar um interesse maior no campo do direito penal, no que diz respeito à pena.

1. Síntese histórica

A violência tem sido, nos dias atuais, uma constante no relacionamento humano. Estamos perplexos diante de sua escalada. Em nosso País, a sociedade vive em pânico. A população searma. As reações têm sido as mais diversas: linchamentos por populares, grupos de extermínio, eliminação de marginais pela polícia, desejo de implantação da pena de morte, necessidade de construção de um maior número de prisões de segurança máxima, aumento quantitativo das penas, dentre outras mais.

A violência transmitida através dos meios de comunicação de massa, principalmente na televisão, constrói uma imagem negativa, que influencia crianças, jovens e adultos de todas as camadas sociais, resultando, nos menos avisados, desvios de comportamento humano.

Nos últimos anos, a situação econômica por que atravessa o Brasil, onde o baixo índice aquisitivo do trabalhador, que vegeta sob o teto de um salário de miséria, e o desemprego, a retirar a paz das classes não-elitizadas, têm contri-

* Palestra proferida pelo juiz Nivaldo Wanderley de Omena, da 2ª Vara do Júri de Salvador, na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Itabuna, Bahia, em 21.03.91.

Bahia For.	Salvador	v.35	p.221/247	Jul./Dez.	1991
------------	----------	------	-----------	-----------	------

búfido para o crescimento assustador da violência.

Sabemos não ser a violência produto deste século, mas que se faz presente antes mesmo do primórdio das civilizações.

No pensamento mitológico de antigas civilizações, a violência nasceu com o próprio homem, por lhe ser transmitida pelos deuses, quando de sua formação. Para outras, ela se gerou no próprio homem, criado à imagem e semelhança de Jahveh e que, por lhe haver sido concedido o livre arbítrio, foi por ele escondida.

As velhas narrativas que marcam a presença da violência entre os homens se encontram nas lendas e mitos dos povos do Oriente antigo. As lendas eram narrativas transmitidas pela tradição. Falavam do herói que vivia no passado. Seus fatos históricos careciam de prova. Nos mitos, as narrativas envolviam as forças cósmicas. Diziam do relacionamento do homem e dos deuses. Lendas e mitos se constituíram, entre os povos antigos, elementos primários na formação de suas recordações históricas.

Segundo a narrativa mesopotâmica, o mito das origens ocorreu quando os sete deuses superiores, os Anunaqui, oprimiam pelo trabalho os outros deuses, os Igigi. Estes, revoltados, atacaram o palácio divino. Os deuses superiores consideraram válida a revolta e decidiram criar o homem para servi-los. Mataram o deus Uê e misturaram seu sangue com argila, que as sete deusas mães separaram em 14 pedaços, sete à direita e sete à esquerda, dando assim à luz sete homens e sete mulheres. A argila formou a carne do homem e nele, pelo sangue do deus Uê, penetrou o espírito dos deuses.

No mito hebraico, a discussão entre Caim e Abel. O primeiro ato de violência entre os homens, quando Abel é morto por seu irmão Caim. Este pastoreava ovelhas e aquele era agricultor.

Na narrativa da literatura mesopotâmica era a disputa entre Dumuzi, o deus pastor, e Enquindu, o deus agricultor, que não chegou ao desfecho da

lenda hebraica.

A verdade é que os homens, ao sentirem a presença da violência entre si, traçaram normas para combatê-la, reprimindo-a através de outra violência: a pena.

A princípio, as leis não eram escritas. Todo procedimento penal era transmitido oralmente, oriundo das tradições e costumes. Punia-se, por vingança.

Esse direito punitivo atravessou três períodos distintos: o da vingança privada, o da vingança divina e o da vingança pública.

No primeiro, a satisfação da vindita do ofendido. Era a justiça pelas próprias mãos.

No segundo, o exercício da vingança pelo sacerdote que agia como juiz, em nome da divindade. Acreditava-se que a divindade ditava ou inspirava a lei e que a sua transgressão, o crime, era praticada contra ela, que punia o criminoso e assim tinha aplacada a sua ira.

No terceiro, era a sociedade, através do Estado, o ofendido, quem aplicava a lei.

As civilizações antigas fizeram esculpir em códigos penas cruéis, que eram antecedidas de torturas terríveis: colocação de óleo fervendo na boca e nas orelhas; mutilação de membros e órgãos; penetração de estilete de ferro fervendo na boca; empalamento; leito de ferro incandescente, entre outras mais.

O Código de Manu, na Índia, no século XI a.C., foi o mais cruel de todos. Outros códigos importantes foram: o de Hammurabi, na Babilônia, no século XXI a.C., e o Mosaico, dos hebreus, em 1400 a.C.

No Brasil, vigoraram até 1832 as Ordenações Filipinas, vigentes em Portugal. Entre as penas cruéis: envenenamento, decapitação, forca e fogueira. Torturas com tenazes ardentes, açoites, mutilações de membros.

A primeira legislação penal em nosso País, o Código Criminal (1832), manteve a pena de morte, cuja execução era na forca.

Pelo Decreto 774, de 20 de setem-

bro de 1890, foi a pena de morte abolida. Decisão mantida até a Constituição de 1937. Em 1946, a carta magna brasileira proibia a pena de morte, que pelo Ato Institucional 14, de 5 de setembro de 1969, voltou em casos específicos, não de crime comum, determinação mantida na Emenda Constitucional 11, de 13 de novembro de 1978 e na Constituição de 1988.

O Código Penal de 1890 aboliu a pena de galés e reduziu a 30 anos as penas perpétuas.

Surge, em 1765, Beccaria, que ergueu a voz em um brado cujo eco ainda permanece em busca de um equilíbrio na humanização da pena. Não mais vingança. As penas deveriam ser abrandadas. O direito de defesa mais amplo. Repúdio à tortura. Respeito às liberdades individuais. Era o início do fim das penas corporais. Surgia uma nova era com a aplicação das penas privativas de liberdade. A pena de morte, o banimento, as galés, os tormentos, o calabouço foram dando lugar ao cárcere.

Sistemas penitenciários surgiram, inovando a aplicação da pena. O apenado passou a receber assistência religiosa, médica e social. O isolamento carcerário foi sendo amenizado com o trabalho diurno no interior dos presídios. Posteriormente, surgiram as penitenciárias industriais, as penitenciárias agrícolas, as colônias penais e o albergue.

A pena vingança, castigo, daria lugar ao processo educativo e preventivo. Neste, intimidando a todos os membros da sociedade, visando impedir a prática do crime; retirando do convívio social o criminoso, impedindo a prática de novo delito.

Modernamente, a política criminal vem-se ampliando. A pena passa a ser vista como instrumento de defesa social e recuperação do criminoso, readjustando-o à sociedade.

No Brasil, o sistema penitenciário surgiu em 1850, pelo Decreto 678, de 6 de julho de 1850, com a instalação, no Rio de Janeiro, da Casa de Correção, já que não era previsto pelo Código Criminal do Império de 1832.

Eis que surge a Constituição do Império (1824) estabelecendo a individualidade da pena:

“Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réu se transmittirá aos parentes em qualquer grau, que seja” – art. 179, XX.

É de observar-se que a individualização da pena já se fazia registrada no Código Mosaico, como verdadeiro marco de avanço jurídico em época de primitivismo.

“Os pais não morrerão pelos filhos, nem os filhos pelos pais; cada qual morrerá pelo seu pecado”. De. 24:16.

2. Aplicação da pena e cálculo para sua fixação

No que concerne à aplicação da pena pelo juiz, o processo recebeu, na crescente escalada de humanismo, aferições mais justas. O juiz já não o fazia de modo genérico, dispondendo, assim, de grande arbítrio, mas na apreciação de cada caso.

Atualmente, o Código Penal brasileiro estatui (art. 59) que, quando da fundamentação de sua decisão, “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprevação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade da pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível”.

A pena aplicada deve ser necessária e suficiente para reprevação e preven-

ção do crime. Deve ser justa.

No primeiro caso (reprovação) leva-se em conta a culpabilidade do acusado para o limite da pena. No segundo (prevenção), em relação à comunidade e ao próprio criminoso.

A culpabilidade do acusado, resultante de sua vontade (dolo) ou de sua imprudência, negligência ou imperícia (culpa).

Os antecedentes, isto é, vida pregressa: condenações ou absolvições anteriores, inquéritos arquivados, ações penais em andamento ou já com resultado de extinção de punibilidade, passagem pelo juizado de menores, prisões, etc.

Conduta social em família, na comunidade, na sociedade. O temperamento, as reações, etc.

Personalidade do acusado, seu comportamento antes, durante e depois do crime.

Os motivos: vingança, ódio, amor, cobiça, sentimentos outros.

As circunstâncias: lugar, tempo, duração, modo de execução.

As consequências: maior ou menor intensidade das lesões; instrumento usado, etc.

O comportamento da vítima, seu relacionamento social, familiar, etc.

No cálculo para fixação da pena, o Código Penal vigente (art. 68) determina que se fixe a pena-base, atendendo-se ao critério do art. 59. Em seguida, consideram-se as circunstâncias atenuantes e agravantes. Por último, as causas de aumento e de diminuição da pena. No concurso de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial do código, o juiz pode limitar-se a um só aumento ou diminuição, prevalecendo o que mais aumentar ou diminuir.

O código adotou a doutrina defendida por Nelson Hungria, que estabelece três fases:

1^a - fixação da pena-base. É o resultado da quantidade encontrada pelo juiz com fundamento nas circunstâncias judiciais (art. 59, *caput*), que poderá ser ou não definitiva. Trabalha-se com a

pena abstrata determinada para o crime, que varia entre o mínimo e o máximo. Para fixar a pena-base, a operação é simples: determina-se a pena média (soma do mínimo e do máximo dividida por dois). Partindo-se da pena média (para menos ou para mais) encontra-se a pena-base;

2^a - aplicação das agravantes e atenuantes (circunstâncias legais genéricas arts. 61, 62 e 65), que fica na dependência do prudente arbítrio do juiz. Fixada a pena-base, sobre ela aplicam-se agravantes e atenuantes, determinando-se, assim, a pena que poderá ser ou não definitiva;

3^a - causas de aumento ou diminuição da pena (circunstâncias legais genéricas ou específicas). Se existentes, proceder-se-á a novo cálculo, que aumentará ou diminuirá a pena já fixada, podendo ultrapassar o limite máximo da pena combinada pelo tipo ou ficar aquém do limite mínimo.

3. Recursos

Relembremos alguns casos de recursos decorrentes de sentenças do juiz de primeiro grau.

Os recursos são voluntários ou necessários. O seu sentido jurídico consiste na provocação do reexame para reforma ou modificação da decisão proferida. São interpostos de duas formas: por petição, que receberá o despacho do juiz, ou por termo nos autos, quando o escritório fará os autos conclusos ao juiz.

O Ministério Públíco, o assistente do Ministério Públíco, o querelante, o réu, seu procurador ou seu defensor poderão interpor recursos. Sendo interposto pelo próprio réu, e, não podendo ou não sabendo assinar o nome, o termo será assinado por alguém a seu rogo, perante duas testemunhas.

Não é permitido ao Ministério Públíco desistir do recurso interposto. O assistente poderá arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Públíco, porém, somente lhe é facultado interpor recurso de sentença de improúnica, que decretar a prescrição ou julgar, por ou-

tro modo, extinta a punibilidade; e da sentença absolutória, quando não interpostos pelo Ministério Público.

Há casos em que os recursos são interpostos, de ofício, pelo juiz: da sentença que conceda *habeas-corpus*, e da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (coação irresistível ou obediência hierárquica; legítima defesa; estado de necessidade; estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito; doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior).

3.1. Recurso em sentido estrito

É o que se destina ao reexame das decisões interlocutórias (aqueles em que, no curso do processo, o juiz resolve questões incidentes).

Quando interposto por instrumento, a parte indicará as peças dos autos a serem trasladadas.

O art. 581 do Código de Processo Penal estabelece os casos específicos, dentre os quais podemos relembrar:

- da sentença que pronunciar ou impronunciar o réu;
- da sentença que absolver o réu, nos casos do art. 411, do Código de Processo Penal. No júri, o processo de competência é bifásico, isto é, obedece a duas fases distintas. A primeira é a do juiz singular, que é da formação da culpa, do julgamento da acusação, que se encerra na pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação, transitada em julgado;

- da sentença que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade.

Quando no curso do processo, o recurso é interposto ao juiz da sentença. Se na pendência da execução, o recurso é de agravo perante o juiz da vara de execuções.

Nos casos acima referidos, o recurso sobe nos próprios autos, assim como quando interposto de ofício, salvo

nos casos de pronúncia, quando, havendo dois ou mais réus, qualquer deles se conformar com a decisão ou todos não tiverem sido ainda intimados da pronúncia, subirá em traslado.

O recurso da pronúncia suspenderá tão-somente o julgamento. Quando o recurso for interposto da sentença de impronúncia ou de sentença que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade, não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade;

- que conceder, negar ou revogar a suspensão condicional da pena. Deve ser concedida ou negada pelo juiz da condenação, que se pronunciará na própria sentença, e em caso de concessão especificará as condições a que fica sujeito o condenado. Não o fazendo o juiz da condenação, ao juiz da execução caberá a apreciação da medida, quando então o recurso será de agravo. Quando pelo Tribunal, cabe a este estabelecer as condições ou conferir ao juiz da execução o dever de determiná-las;

- que denegar a apelação ou a julgar deserta. Cabe recurso em sentido estrito, que se não recebido ensejará recurso de carta testemunhável.

O prazo para interposição do recurso em sentido estrito é de cinco dias, salvo quando de inclusão de jurado na lista geral ou dela for excluído, o prazo será de 20 dias da data de publicação definitiva da lista de jurados.

Dentro de dois dias da interposição do recurso, ou do dia em que o escrivão, extraído o traslado, o fizer com vista ao requerente, este oferecerá as razões e, em seguida, abrir-se-á vista ao recorrido por igual prazo para contra-arrazoar.

Com a resposta do ofendido ou sem ela, os autos serão conclusos ao juiz, que dentro de dois dias reformará ou sustentará o seu despacho, mandando instruir o recurso com os trasladados que lhe parecerem necessários.

Se houver, pelo juiz, a reforma do despacho recorrido, a parte contrária, por petição, poderá recorrer da nova decisão, se couber recurso, não podendo mais o juiz modificá-la. Independentemente

mente de novos arrazoados, subirá o recurso.

3.2. Apelação

O recurso de apelação caberá no prazo de cinco dias: das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular em casos não previstos no recurso em sentido estrito; e das decisões do tribunal do júri, nos casos previstos nas letras *a*, *b*, *c* e *d*, III, do art. 593, do Código de Processo Penal, quando:

– ocorrer nulidade posterior à pronúncia, exemplificando: a não-intimação pessoal do réu, da pronúncia em crime inafiançável; a não entrega da cópia do libelo ao réu; a irregularidade na formação do conselho de sentença; a quebra de incomunicabilidade dos jurados. Essas nulidades ocorrem na segunda fase, que é a do juiz-presidente do júri e do Conselho de Sentença, que é a do julgamento do mérito da causa, que se esgota com o trânsito em julgado da sentença publicada em sessão de julgamento. Entende-se que as nulidades anteriores ocorridas na primeira fase foram sanadas.

Nos dois primeiros casos, a arguição se procede logo em seguida ao apreçoamento das partes, e os dois últimos, surgidos durante o julgamento em plenário, logo depois de ocorrerem;

– for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados. Não reduzindo o juiz a pena, quando os jurados reconhecerem alguma causa de diminuição, a sentença contraria a decisão dos jurados. Não reconhecendo o juiz, em concurso de pessoas, participação de somenos importância, que minore a pena, julgou contrário à lei expressa. Nesses casos, o Tribunal fará a devida retificação;

– houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança. Se o juiz aplicar, por erro de cálculo, pena exacerbada ou diminuída, portanto injusta, o Tribunal a retifi-

cará.

Há de observar-se que, se da retificação da pena pela instância superior resultar sua diminuição, poderá ocorrer prescrição em relação à pena concreta (art. 110, CP), uma das formas de extinção da punibilidade;

– for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Nesse caso, o réu será submetido a novo julgamento, mas não se admitirá segunda apelação pelo mesmo motivo.

Interposto o recurso, que poderá ser em relação a toda a decisão ou parte dela, o apelante e, em seguida, o apelado terão o prazo de oito dias para o oferecimento das razões e contra-razões, respectivamente. Nas contravenções o prazo será de três dias.

O assistente terá o prazo de três dias para arrazoar, após o Ministério Público.

Findos os prazos, os autos serão remetidos à superior instância, com as razões ou sem elas. Tratando-se de processo onde houver mais de um réu, sem que todos tenham sido julgados, ou não existir recurso interposto por todos eles, o apelante promoverá a extração de traslado dos autos.

Não havendo apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido, cônjuge, ascendente, descendente, ou irmão, poderá interpor recurso de apelação no prazo de 15 dias a partir do término do prazo do Ministério Público, não tendo, porém, a apelação efeito suspensivo.

3.3. Protesto por novo júri

Trata-se de recurso privativo da defesa e será admitido quando a sentença condenatória, em juízo de primeiro grau, for de reclusão por tempo igual ou superior a 20 anos, não podendo ser feito mais de uma vez. Portanto, quando a pena for imposta em grau de apelação não se admitirá protesto por novo júri.

No caso de segundo julgamento, não poderão participar do conselho de sentença os jurados que serviram no primeiro julgamento.

Quando, na mesma sentença, o réu for condenado por dois crimes onde cai- ba protesto para novo júri apenas em relação a um deles, poderá haver apelação em relação ao outro crime. Nesse caso, a apelação ficará suspensa até decisão do protesto.

4. Conclusão

A pena privativa de liberdade tem-se constituído em sério motivo de preocupação da ciência penal. Afirma-se ser o cárcere inútil ao condenado e nocivo à sociedade. Fala-se na abolição da pena privativa de liberdade em substituição à pena restritiva de direitos.

No Brasil, as penas privativas de liberdade são classificadas em reclusão e detenção (Código Penal) e em prisão simples (Lei das Contravenções Penais). As penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

A função punitiva do Estado tem motivado descontentamento naqueles que defendem menor repressão, ensejando em um movimento de descriminação. Retirar da legislação penal procedimentos não mais condenados pela sociedade, porém, por ela permitidos. O que a sociedade aceita como comportamento normal não pode ser considerado fato típico legal (crime).

O princípio da insignificância tem sido acolhido por alguns tribunais de Justiça dos estados e pelo Supremo Tribunal Federal. Exclui a tipicidade pela existência de dano de pouquíssima importância, não merecendo valoração penal.

A diminuição do quantitativo da pena e a valoração dos direitos do criminoso e outras prerrogativas tantas são medidas que por si só tornam ineficazes no combate à criminalidade.

A impunidade muito tem contribuído para o crescimento da violência em nosso País. Praticado o delito, deflagrada a ação penal, o Estado deixa de executar a pena aplicada, na espera da captura do criminoso que em sua maioria

permanece impune.

Não é justo o condenado continuar livre, como se pessoa de bem o fosse. Isso estimula a prática do crime. Necessária se faz a sua retirada do seio da sociedade, onde as pessoas de bem continuam como presa fácil de seus atos criminosos.

A pena privativa de liberdade não deve ser entendida como simples segregação, mas como instrumento de defesa social e indispensável à reeducação do delinquente para o seu regresso à sociedade.

Um dos nossos erros têm-se constituído na mudança brusca da política penitenciária. Saímos de um extremo ao outro. Do sistema penitenciário do século XIX, com resquício do século XVIII, para um sistema progressivo do século XXI, desrido de infra-estrutura indispensável à sua implantação, resultando no predomínio da complacência ao invés do uso de métodos científicos para a reintegração do delinquente.

Atualmente, mais um projeto sobre a pena de morte espera a decisão do Congresso Nacional. Segundo as pesquisas de opinião pública divulgadas pela imprensa, provavelmente o povo, se consultado em plebiscito, aprovará a sua implantação.

É a revolta pelo fracasso do Estado na promoção de segurança pública que tem provocado na sociedade a grita por meios de repressão mais poderosos.

Sendo implantada, não solucionará a crescente escalada do crime. A pena capital poderá, dependendo da formação cultural de uma sociedade, diminuir, temporariamente, a violência, pelo impacto que provoca com o brusco exterminio do criminoso, intimidando a todos.

“Contra fatos não há argumentos” é um brocado que se ajusta contra a instituição da pena de morte, visto que a história, no decurso de vários séculos, tem sido testemunha de sua ineficácia na diminuição da criminalidade.

O criminoso faz uma opção. A pena é o produto de sua má escolha. Uma sociedade sem crime e sem pena é sonho, é

fantasia. O estar acordado, sim, é a realidade.

INAUGURADO CPD DO JUDICIÁRIO

O presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, disse, no dia 26 de agosto, ao inaugurar o Centro de Processamento de Dados do Poder Judiciário, no Fórum Ruy Barbosa, que o aumento do número de juízes e a informatização poderão resolver os problemas enfrentados pela magistratura na agilização da Justiça.

Afirmou o desembargador que é com trabalhos do porte da informatização que o Judiciário vai poder alcançar a agilização dos seus serviços. "Engodos como o Conselho de Fiscalização da Magistratura, que quiseram aprovar durante a Constituinte, nada ajudam, são inverdades", frisou o presidente do Tribunal de Justiça, certo de que os programas de moralização e de informatização vão agilizar a Justiça.

O Centro de Processamento de Dados do Poder Judiciário, segundo explicações do juiz Jafeth Eustáquio, supervisor geral do SAIF, "é mais um marco, como forma de assegurar o cumprimento da premissa ditada pelo Tribunal: aceleração do processo de modernização da máquina judiciária". Acoplados ao CPD estarão 300 terminais de vídeo e impressoras distribuídos pelos cinco andares do Fórum Ruy Barbosa, permitindo a automatização dos serviços.

Dentro de 30 dias, informou o presidente do Tribunal de Justiça, todo o Tribunal estará informatizado e, mais adiante, a informatização será levada às comarcas do interior do estado.

Além do presidente do Tribunal de Justiça, estavam presentes à inauguração do CPD os desembargadores Manuel Pereira, Hélio Lanza, Robério Braga, Raymundo Vilela e Dermeval Belucci, o supervisor do SAIF, Jafeth Eustáquio, o diretor geral do Tribunal,

Ruy Tourinho, o superintendente do IPRAJ, Durval Storino de Mattos, juízes, advogados, serventuários e funcionários do Poder Judiciário. Entre os convidados, o comandante da VI Região Militar, general-de-brigada Luiz Gonzaga Lessa.

JUIZ DEVE RESISTIR À DESAGREGAÇÃO SOCIAL

Após a abertura do IV Encontro de Diretores de Escolas de Magistrados, na manhã do dia 5 de setembro, no Fórum Ruy Barbosa, quando o presidente do Tribunal de Justiça do Estado, desembargador Mário Albiani, ressaltou a nova filosofia do Judiciário baiano, o desembargador Silvino Lopes, do Rio Grande do Sul, falou sobre os deveres do magistrado.

A conferência do desembargador do Rio Grande do Sul – estado onde surgiu a primeira escola de preparação de magistrados no País – foi incisiva, no sentido de "uma insistência na necessidade de que os juízes sejam um foco de resistência à desagregação dos costumes, que se percebe claramente nos vários setores da sociedade brasileira".

Questionado sobre esta "desagregação", depois da palestra, o magistrado não vacilou em afirmar que "a crise por que passa a sociedade brasileira já atingiu tantos aspectos, que podemos falar de uma septicemia (infecção generalizada)". Sem perder a esperança, o desembargador Silvino Lopes disse que "é fundamental o papel exercido pelas escolas de preparação de magistrados a fim de oferecer, além de uma bagagem técnica refinada, um sentido formativo".

O magistrado gaúcho enfatizou que "a reversão desse quadro está vinculada a uma tomada de consciência, com a consequência do cumprimento de suas obrigações. "O juiz deve atuar desassombradamente no cumprimento de seus deveres, dando exemplo aos outros setores, deve nortear-se por um rigoroso

espírito ético", completou.

Da mesma forma, falou o desembargador Mário Albiani, no discurso de abertura do encontro: "É importante que as Escolas de Preparação de Magistrados de todo o País sejam provocadas por reflexões novas; é imprescindível uma tomada de consciência, um repensar, um ajuste a essas notórias revoluções sócio-econômicas, sacudidas pela instabilidade política que compromete a segurança e a integridade das instituições".

Sobre o IV Encontro de Diretores de Escolas de Magistrados, o desembargador Paulo Furtado, diretor da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados (EPAM), mostrou-se muito gratificado, principalmente com as palavras do desembargador Cristóvam Daiello, do Rio Grande do Sul, que considerou a EPAM "uma das melhores escolas do Brasil na preparação de magistrados".

Comentando a afirmativa do desembargador do Rio Grande do Sul, se-
de da Escola Nacional da Magistratura, o diretor da EPAM, disse: "Por isso mesmo, não é apenas uma homenagem à Bahia, mas o reconhecimento do êxito alcançado, conjuntamente, pela EPAM, Tribunal de Justiça e Associação dos Magistrados da Bahia". Complementou que "a Bahia foi aceita pela unanimidade dos diretores como sede desse encontro".

O desembargador Daiello falou sobre "As escolas de formação e os estudos, pesquisas e aplicação de sistemas especialistas", ressaltando a importância de uma unificação filosófica e ideológica das instituições em nível nacional, "possivelmente, a criação de uma federação, abarcando toda a magistratura". Disse o desembargador que "a proposição será discutida e avaliada conjuntamente".

DESEMBARGADOR ENTRA PARA A ACADEMIA

O desembargador Géron Pereira dos Santos, ex-presidente do Tribunal de Justiça no biênio 88/89, foi eleito, no dia 11 de setembro, para a Academia de Letras da Bahia, onde ocupará a cadeira 32 – que vagou com o falecimento do acadêmico Zitelmann de Oliva.

A eleição do desembagador faz jus à sua atuação como intelectual, autor de vários livros de Direito Penal, área em que é especialista.

O novo acadêmico foi eleito em segundo escrutínio, com votos de 21 dos 29 componentes da Academia de Letras da Bahia (o mais elevado quórum registrado em eleições de acadêmicos desde a entrada em vigor do novo processo de escolha), contra cinco, dados a outro candidato.

Na primeira votação, Géron Pereira dos Santos obteve 19 votos contra sete. O quórum para a eleição era de 20 votos.

Géron Pereira dos Santos é professor de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da qual foi diretor de 1975 a 1979. Também exerceu a vice-presidência do TRE, entre 1982 e 1984. No Tribunal de Justiça do Estado, criou os Juizados de Pequenas Causas e deu início à implantação da informática nos serviços do foro.

É titular da cadeira nº 9 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e membro do Instituto dos Advogados da Bahia.

JPC DE FEIRA TEM TURMA JULGADORA

O Juizado de Pequenas Causas de Feira de Santana, instalado no mês de junho, conta, desde setembro, com a sua turma julgadora, composta pelos juízes

Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, Aidê Ouais Santos e Augusto César Silva Britto, titulares, respectivamente, da 3^a Vara Cível, 1^a Vara da Fazenda Pública e 1^a Vara dos Feitos Criminais, da comarca de Feira de Santana.

A designação dos juízes, pelo presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, foi considerada bastante oportuna, "uma vez que no âmbito do Juizado de Pequenas Causas de Feira de Santana já há recursos pendentes para serem julgados", disse, na ocasião, um juiz.

OESTE DA BAHIA GANHOU MAIS 4 COMARCAS

O desembargador Mário Albiani encerrou no dia 15 de setembro a mais longa viagem que fez ao interior do estado, desde que assumiu a presidência do Tribunal de Justiça, em fevereiro do ano passado. Em sete dias, ele visitou 15 comarcas, para instalação de sedes, inauguração de fóruns e entrega de casas de juiz.

A viagem, dentro do programa de interiorização da Justiça, começou no dia 9, em Santa Maria da Vitória, onde o desembargador entregou a casa do juiz e reinaugurou o fórum local, e terminou em Riachão das Neves, com a instalação da comarca e a inauguração do fórum.

No dia 13, esteve na comarca de Formosa do Rio Preto, onde inaugurou a casa do juiz e assinou convênio para construção do fórum. Na mesma ocasião, o desembargador recebeu o título de Cidadão.

Logo em seguida, a comitiva do presidente do Tribunal de Justiça deslocou-se para Santa Rita de Cássia. Mário Albiani inaugurou o fórum da comarca e recebeu o título de cidadania. No final da tarde, retornou a Barreiras onde, no dia seguinte, manteve reunião com juízes, serventuários e advogados. No dia 12, o desembargador Mário Albiani tinha instalado as comarcas de Cristópolis

e de Baianópolis, entregando, ainda, os fóruns das duas comarcas e a casa do juiz de Baianópolis. Nas duas cidades, o clima foi de festa e a população saiu às ruas para receber a comitiva do presidente do Tribunal de Justiça.

O desembargador Mário Albiani recebeu o título de Cidadão da Câmara de Vereadores dos dois municípios. Ele fez, ainda, o lançamento da pedra fundamental da casa do juiz, em São Desidério, onde, também, recebeu o título de cidadania.

O próprio presidente do Tribunal de Justiça reconheceu, em Santa Rita de Cássia, que "foi uma programação puxada", mas, no seu entender, o esforço vale a pena quando a causa é nobre". Mário Albiani disse que seu empenho é pelo engrandecimento do Judiciário, e que seu trabalho, em conjunto com os demais desembargadores do Tribunal de Justiça, tem sido reconhecido pela população das cidades por onde passou.

Durante essa viagem pelo oeste do estado, o presidente do Tribunal de Justiça instalou quatro comarcas, inaugurou cinco fóruns, entregou cinco casas de juiz, lançou a pedra fundamental para a construção de mais duas casas e de um fórum, além de reinaugurar dois prédios para sede do Judiciário.

O presidente do Tribunal manteve contatos com juízes, serventuários e advogados de toda a região, e, na passagem pelas comarcas, fez o lançamento da cartilha do Poder Judiciário, uma publicação que mostra ao cidadão os caminhos a percorrer, na Justiça, na defesa do seu direito. "Tem sido grande a receptividade da população em relação à cartilha", informou Mário Albiani.

Comarcas e fóruns

Resumo das atividades realizadas pelo Tribunal de Justiça na região oeste do estado entre os dias 9 e 15 do mês de setembro:

Comarcas - foram instaladas as comarcas de Wanderley, Cristópolis, Baianópolis e Riachão das Neves.

Casa do juiz - foram inauguradas

casas de juiz nas comarcas de Santa Maria da Vitória, Coribe, Wanderley, Baianópolis e Formosa do Rio Preto. Lançada a pedra fundamental nas comarcas de Correntina e São Desidério.

Fórum - foram inaugurados prédios de fóruns nas comarcas de Wanderley, Cristópolis, Baianópolis, Santa Rita de Cássia e Riachão das Neves. Foram reinaugurados fóruns em Santa Maria da Vitória e Correntina. Lançada a pedra fundamental na comarca de Coribe e assinado convênio para construção do prédio da comarca de Formosa do Rio Preto.

SUPERINTENDENTE DO IPRAJ DESTACA AS VANTAGENS DO MALOTE

O superintendente do Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária (IPRAJ), engenheiro Durval Storino de Mattos, está certo de que será substancial a economia que o Tribunal de Justiça fará com a entrada em funcionamento do serviço de malote do Judiciário.

Além disso, assegura o superintendente, o Judiciário vai "disciplinar e, dessa forma, facilitar o recebimento e expedição de documentos entre comarcas". O serviço de malote, que ligará as comarcas do interior à da capital e vice-versa, começou a funcionar em outubro.

Entre os documentos que serão expedidos pelo serviço de malote estão notificações diversas, tabelas cartorárias e correspondências administrativas. Antigamente, explica o superintendente, a correspondência entre as comarcas era feita de maneira convencional e, em alguns casos, os juízes se encarregavam dessa comunicação.

Para o engenheiro Storino de Mat-

tos, a implantação do serviço de malote veio "ao encontro do programa de racionalização e desburocratização ora desenvolvido pelo presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani". Ele informou que o projeto consta do envio de um malote por semana para comarcas de primeira entrância, de dois malotes para comarcas de segunda entrância e de três malotes para comarcas de terceira entrância.

Ainda segundo o superintendente, a operação desse sistema está sob a responsabilidade da Supervisão de Protocolo e Arquivo, que é subordinada à Gerência de Serviços Gerais. Nas comarcas do interior, o serviço ficou a cargo da administração do fórum. "É um serviço seguro e mais célere", resumiu o superintendente, acrescentando que o Tribunal de Justiça firmou convênio com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para expedição dos malotes.

FEIRENSE CONFIANTE NOS JUIZADOS

Além das ações que se tornaram públicas através da imprensa, como no caso do cabeleireiro obrigado a devolver o pagamento, por não fazer o penteado desejado pela cliente, ou, ainda, as explicações que uma empresa foi obrigada a prestar a fumantes, por não atender à demanda do mercado, muitos outros casos que passaram pelo Juizado de Defesa do Consumidor, em Feira de Santana, serviram para sacramentar a confiança da população nesse tipo de serviço prestado pelo Tribunal de Justiça.

Com apenas três meses de instalado, o Juizado de Defesa do Consumidor de Feira de Santana tinha recebido mais de 500 processos. O Juizado de Pequenas Causas, instalado no mesmo mês, registrou mais de 600 processos.

Abaixo, os números registrados em três meses de funcionamento:

SITUAÇÕES	MESES REFERENTES			TOTAL GERAL
	JUNHO	JULHO	AGOSTO	
CONCILIAÇÕES	14	62	61	137
DESISTÊNCIAS	03	17	25	45
EXTINÇÕES	10	32	43	85
JULG. PROC.	—	10	02	12
JULG. IMPROC.	—	02	04	06
REVELIAS	—	05	02	07
AUDIÊNCIAS	16	92	86	194
INSTRUÇÕES	02	29	26	57
TOTAL PROC.				
INICIADOS	105	284	219	608

Obs.: Conciliações + Instruções = Total de audiências que efetivamente se realizaram.
70,5% de processos conciliados no período.

SITUAÇÕES	MESES REFERENTES			TOTAL GERAL
	JUNHO	JULHO	AGOSTO	
CONCILIAÇÕES	10	84	83	177
DESISTÊNCIAS	04	10	11	25
EXTINÇÕES	—	20	29	49
JULG. PROC.	—	10	12	22
JULG. IMPROC.	—	01	01	02
REVELIAS	—	05	07	12
AUDIÊNCIAS	13	121	116	250
INSTRUÇÕES	03	37	33	73
TOTAL PROC.				
INICIADOS	70	279	249	598

Obs.: Conciliações + Instruções = Total de audiências que efetivamente se realizaram.
71 % de processos conciliados no período.

APROVADAS NOVAS ZONAS ELEITORAIS

O Tribunal Superior Eleitoral aprovou a decisão do Tribunal Regional de criar três novas zonas eleitorais para o Estado da Bahia, desmembradas dos municípios de Ubatã, Porto Seguro e Andaraí.

Para ter sede em Ibirapitanga foi criada a 216^a Zona, desmembrada da 134^a de Ubatã. O Município de Ibirapitanga tem 11.053 eleitores.

Itabela, com 12.996 eleitores, se- diará a 218^a Zona Eleitoral, desmembrada da 122^a, em Porto Seguro.

A outra zona eleitoral criada pelo TRE foi a 216^a, com sede em Itaeté, desmembrada da 39^a, em Andaraí.

CAMAÇARI LANÇA PEDRA FUNDAMENTAL DO FÓRUM

O desembargador Wilde Lima, vice-presidente do Tribunal de Justiça, disse, em Camaçari, durante o lançamento da pedra fundamental do fórum local, que é visível o esforço desenvolvido pelo desembargador Mário Albiani no sentido da preservação dos valores do Judiciário.

“Nessa esteira, o Judiciário tem incentivado a boa prestação jurisdicional, tem pedido ao juiz que se identifique com os anseios da comunidade, no sentido de uma prestação segura, tanto quanto mais ágil”, resumiu o desembargador.

Wilde Lima representou o presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, na solenidade de lançamento da pedra do fórum de Camaçari.

À solenidade estiveram presentes, também, o prefeito José Tude Sobrinho, o secretário da Justiça, Antônio Maron Agle (representando o governador Antonio Carlos Magalhães), o juiz da Vara Crime, Everaldo Amorim, a juíza da 2^a

Vara Cível, Augusta Magde, a juíza da comarca de Cícero Dantas, Maria Cristina de Souza, o presidente da Câmara Municipal, vereador Ruy Magno, os deputados Isaac Marambaia e Zelinda Novaes, o titular da Delegacia de Camaçari, Orlando Dourado, advogados e convidados.

Quando começou seu discurso, o prefeito Tude Sobrinho destacou a integração entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, afirmando que, naquele momento, quando Camaçari estava dando inicio à construção da Casa da Justiça, essa integração estava sendo materializada.

O prefeito lembrou que a construção do fórum de Camaçari “é o resultado de um esforço conjunto da prefeitura, do desembargador Mário Albiani e da iniciativa privada”.

No seu discurso, o secretário Antônio Maron Agle disse que uma solenidade dessa magnitude só poderia sensibilizar. “E Camaçari não pode prescindir de um Judiciário digno, com instalações dignas, com a grandeza que o município desfruta no cenário estadual”.

Entre os prédios do gabinete e da Câmara Municipal, o Fórum de Camaçari será edificado num terreno de 2.660m², com área ocupada de 581,69m² e área construída de 1.235,38m². As fundações já estão prontas e as obras previstas para terminar em janeiro de 1992.

No pavimento térreo haverá Salão de Júri, Cartórios Eleitoral, de Títulos e Documentos, de Protestos de Títulos, de Registro, de Registro de Imóveis, de Registro Civil e Tabelionato de Notas.

No pavimento superior, Vara Crimétrica, 1^a e 2^a Varas Cíveis, avaliador, gabinetes para oficiais de Justiça, Ministério Públíco, sala para a OAB, dois gabinetes para juízes com sala de audiência, biblioteca, sala do supervisor, secretaria, sala de audiência e cartório.

JUÍZES VÃO TRABALHAR EM MUTIRÃO

O presidente do Tribunal de Justiça nomeou os juízes das comarcas de Cipó, Santa Bárbara e Santaluz para atuarem em conjunto no julgamento de processos que se encontram no Fórum Luiz Viana Filho, da comarca de Serrinha. A medida, que visa à agilização da Justiça, está sendo denominada de "mutirão judiciário", e começa por Serrinha, estendendo-se, depois, até às comarcas de grande porte, inclusive Salvador.

A sugestão da nomeação de juízes para atuarem em mutirão em comarcas com acentuado volume de processos foi feita pelo desembargador Manuel Pereira, acatada pelo Tribunal Pleno e colocada em prática pelo desembargador Mário Albiani.

Manuel Pereira frisou que, para a designação dos juízes que atuarão em conjunto com outros magistrados, serão observados dois princípios: proximidade das comarcas e normalidade nos serviços do juiz que for nomeado para trabalhar.

— O Tribunal de Justiça, ao nomear os juízes, vai observar, também, o fato de que o magistrado trabalhará em outra comarca sem prejuízo de seus serviços.

Para a comarca de Serrinha foram nomeados os juízes Carlos Geraldo Rodrigues dos Reis (Cipó), Eduardo Augusto Ferreira Abreu (Santa Bárbara) e Paulo César Bandeira de Melo Jorge (Santaluz).

MAGISTRADOS INDICAM ALBIANI PARA A AMAB

O nome do desembargador Mário Albiani foi lançado para a presidência da Associação dos Magistrados da Bahia (AMAB), em manifesto assinado por cerca de 100 magistrados. A data da eleição da nova diretoria da AMAB não está definida, mas o novo presidente

assumirá a direção da entidade durante o biênio 1992/1994.

O lançamento do nome do desembargador Mário Albiani, conforme fizemos questão de frisar os magistrados que assinaram o manifesto, "tem respaldo na sua conduta administrativa e política à frente de nossa entidade, por três gestões sucessivas, de 1981 a 1987".

Mário Albiani fica à frente da Presidência do Tribunal de Justiça até fevereiro de 1992, quando assume o cargo o novo chefe do Poder Judiciário.

No documento, os manifestantes lembram que está se aproximando a data da eleição do sucessor do desembargador Mário Albiani na Presidência do Tribunal, e que o nome do desembargador Paulo Furtado é o cotado para ocupar o cargo.

Diz o documento que a sucessão nos tribunais se processa mediante as regras e, no caso da Bahia, legitimando os desembargadores mais antigos, os três que se acham encabeçando a lista de antiguidade, e somente os que tenham ocupado, antes, um cargo na Mesa, que não a Presidência, ou que a esta, sem cargo anterior, se habilite.

“Sabe-se que composição existe, quanto à Mesa, sendo, entre os mais antigos, o desembargador Paulo Furtado o que ocupará a Presidência, sucedendo ao atual presidente”, acrescentaram os magistrados.

ESTUDANTES DEBATEM PENA DE MORTE EM PALESTRA NO FÓRUM

A pena de morte foi defendida por alunos da 8ª série do 1º grau, durante uma palestra da ex-titular da Vara de Execuções Penais, Marielza Tourinho, no Salão de Casamentos do Fórum Ruy Barbosa. Os alunos, todos do Instituto de Educação Monte Carmelo, da rede particular de ensino, defenderam a pena de morte para os casos de estupros,

violência contra menores, crimes violentos e esquartejamentos.

— Para alguns crimes eu defendo a pena de morte, a ser aplicada pelo Estado, disse Paulo Roberto Oliveira Dias, 16 anos, citando, entre os passíveis dessa punição máxima, o estupro e a violência sexual contra o menor. Sua opinião foi avalizada pela maioria dos presentes (perto de 30 alunos), embora no final do debate alguns já tendessem a mudar de idéia.

A palestra integrou a segunda etapa de encontros entre juízes e estudantes de 1º e 2º graus, promovidos pelo Tribunal de Justiça, com objetivo de aproximar o magistrado da comunidade. Antes do debate, a juíza Marielza Tourinho — que é contrária à pena de morte — mostrou aos estudantes como funciona o Poder Judiciário e, por extensão, o Tribunal de Justiça.

Citando o professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Nacional de Buenos Aires, Raul Zaffaroni, a juíza disse que a pena no Brasil é inócuia, e que, talvez por isso, as pessoas queiram se vingar dos crimes sofridos. Mas, para Marielza Tourinho, a pena de morte não é a solução para a diminuição do crime. "Você mata um, aparece outro no lugar", disse para os estudantes.

— Costumo dizer, aos que me perguntam sobre a pena de morte, que ela já existe no Brasil, com a exterminação do menor, a exterminação do marginal, com a violência nos presídios, mas que sua oficialização, como forma de punição, não vai resolver a questão da criminalidade no País, que é reflexo de um problema social muito grave, completou a juíza, já aposentada, mas em atividade, com cursos e palestras para professores e estudantes.

Entende a juíza que, diante do quadro social no País, e ante uma população tão grande, o número de crimes é relativamente baixo. Ela sugeriu aos estudantes que lessem o livro "Capitães de Areia", de Jorge Amado, que registra, na década de 30, cerca de uma centena de menores abandonados. "De lá para cá, vocês podem medir o aumento e a

injustiça social que se comete neste País", resumiu a magistrada, dando-se por satisfeita "por debater um assunto tão oportuno".

INFORMÁTICA CHEGA À 2ª INSTÂNCIA

O Tribunal de Justiça inaugurou no dia 14 de outubro o Sistema de Controle Processual da Justiça de segunda instância, com o qual pretende acelerar a tramitação de processos e recursos nas varas cíveis e criminais e no próprio Tribunal Pleno. Com a entrada em funcionamento desse sistema informatizado, desaparecem as consultas mecânicas, feitas a fichas e índices, que tomavam tempo dos funcionários e dos interessados.

A partir do dia 14, os recursos ou processos passaram a ser registrados em computador e toda a tramitação acompanhada através de terminal. Mas os anteriores a esta data continuarão a ser consultados mecanicamente até o fim do rito processual, explicou o desembargador Mário Albani, presidente do Tribunal de Justiça.

Um sistema semelhante já funciona na área da primeira instância, atingindo as varas judiciais, onde advogados e as partes fazem consultas diretamente nos terminais. Para o presidente do Tribunal, a implantação do sistema "cumpre mais uma etapa do processo de informatização do Poder Judiciário".

Dentre as vantagens trazidas pelo sistema, o desembargador destacou maior celeridade, eficácia e controle na prestação jurisdicional, distribuição dos feitos de maneira equitativa entre os desembargadores, além da descentralização da informação e o acesso mais rápido.

O presidente do Tribunal citou outros avanços do Judiciário na área da informática: aquisição de um computador de grande porte (IBM 4381-P.21),

aparelhamento da máquina judiciária, instalação do Laboratório de Microfílmagem, implantação do Sistema de Jurisprudência e Implantação dos Juizados de Pequenas Causas e de Defesa do Consumidor em Salvador e Feira de Santana.

NOMEADOS JUÍZES PARA COMARCAS DO INTERIOR

O presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani, disse, no início de outubro, ao empossar sete juízes para comarcas do interior do estado, que a agilização da Justiça está assentada no aumento de juízes, na informatização e na desburocratização dos serviços.

Mário Albiani solicitou aos juízes que observassem a nova filosofia do Judiciário, que redefiniu o papel do magistrado na comunidade.

— O Tribunal, com sua nova filosofia, que é inédita em todo o País, defende a figura do juiz-participação, voltado para as questões da comunidade e isso peço a vocês, que estão agora assumindo esse papel, disse Mário Albiani.

Foram empossados os juízes Evandro Reimão dos Reis (Wanderley), Benedito Mário Oliveira (Cristópolis), Alberio Lima da Silva (Baianópolis), Cláudio Augusto Freitas (Conde), Ronald de S. T. Filho (Formosa do Rio Preto), Carlos Alberto Barreto (Encruzilhada) e José Darvino de Araújo (Cotegipe).

MAGISTRADO PREOCUPADO EM MELHORAR A JUSTIÇA

O presidente da AMB, desembargador Régis Fernandes de Oliveira, encontrou-se com o desembargador Mário Albiani, na primeira quinzena de outubro,

com quem conversou sobre o processo de eleição na Associação de Magistrados do Brasil. Ele não quis falar sobre a eleição na Associação dos Magistrados da Bahia (AMAB), mas disse ter tomado conhecimento do lançamento do nome do desembargador Mário Albiani, por magistrados baianos.

“Acompanho a atuação do Judiciário baiano pela imprensa e, também, por intermédio de conversas com juízes, e são positivas as informações que tenho da atuação do Tribunal de Justiça da Bahia”, comentou o desembargador Régis Fernandes de Oliveira. Na AMB ele iniciou um trabalho de resgate da imagem da magistratura, nos moldes, como ouviu do próprio presidente Mário Albiani, “do desenvolvido pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que busca a figura do juiz-participação”.

Segundo o presidente da AMB, 54% da população brasileira não procura o Judiciário e isso, ainda segundo seu raciocínio, faz com que aumente a diferença entre o chamado direito oficial, aplicado pelo juiz, e o não-oficial. “Há um desgaste, conforme pesquisas, muito grande do Judiciário perante a população”, comentou o desembargador, falando da necessidade de reverter esse quadro.

“Nosso compromisso, na AMB, é conscientizar a magistratura para a maior celeridade, desejada pela população”, disse o presidente da Associação de Magistrados do Brasil, certo de que, com as sugestões já apresentadas ao Ministério da Justiça, para mudanças nos Códigos Penal e Civil, o quadro sofrerá uma alteração.

ENCONTRO DE ESTUDANTES DE DIREITO COM JUÍZES

O presidente do Tribunal de Justiça abriu o I Encontro de Estudantes de Direito com a Magistratura no dia 11 de novembro, às 19 horas, abordando o tema “Justiça em Tempo Novo”, uma

síntese da filosofia adotada pelo desembargador Mário Albiani em sua administração, iniciada em fevereiro de 1990.

O encontro contou com um programa de aprendizagem intensiva e ampla, incluindo assuntos dos mais atuais e vinculados à prática do Direito.

Após a palavra do Presidente do Tribunal de Justiça, que ressaltou a importância da figura do juiz-participação e a necessidade da moralização dos serviços públicos, falou o juiz Justino Pontes Telles, sobre o tema "Magistratura: acesso e carreira".

No dia 12, a primeira exposição coube à juíza e professora da EPAM, Marielza Tourinho, que abordou assuntos da área penal. Ela ocupou por vários anos a Vara de Execuções Penais, até se aposentar. Em seguida, às 20h30min, o juiz Nivaldo Wanderley de Omena falou sobre o tema "Evolução humanística na classificação, aplicação e execução da pena".

No dia 13, o desembargador Luiz Pedreira Fernandes abordou o tema "Processo Civil". Depois, o desembargador José Abreu discorreu sobre: "Direito Civil, as inovações constitucionais".

No dia do encerramento, 14, a juíza Maria do Socorro Souza fez palestra sobre Juizado de Pequenas Causas e Juizado de Defesa do Consumidor, enquanto Jafeth Eustáquio e Maria Helena de Oliveira Maia falaram sobre o Juizado de Menores. Juízes das comarcas de 1^a entrância (Itarantim, Barra do Mendes e Coração de Maria) relataram suas experiências no interior do estado.

GÉRSON PEREIRA DOS SANTOS:

O mais novo imortal da Academia de Letras da Bahia *

"Há sentimentos antigos, dentro de nós, que não perdem a sua

força, que não se deixam aniquilar pelo tempo e pelos acontecimentos; estão apenas reclinados como em cadeiras invisíveis, numa obscura sala de espera. Por serem tão antigos, permitem-se ficar de olhos fechados, silenciosos e anônimos, tão inativos como se não existissem. Mas, de repente, acordam, levantam-se dos seus lugares, acendem as luzes, fazem-se tão vivos e presentes que não resistimos ao seu poder e docilmente nos submetemos às revisões da memória e à sua crítica".

Cecília Meireles

Numa noite assim, em que, graças à vossa generosidade, cumpria, como cumpro agora, o ritual dos ingressos, alaudí o Professor Orlando Gomes "ao panorama que se descortina destes címos azulados", e recompôs, emocionado, as imagens da vida que lhe pareciam subir "dos vales abrasados da adolescência feliz". O mestre querido de tantas gerações de juristas sentia que, por caridade talvez, se lhe permitia restaurar a *virgindade das ilusões violentadas* e se lhe ofertava o refrigerio para o desalento e o tédio. Para ele, os bafejados de estimação aproximam-se destas culminâncias, sem os todos e mesquinhos alvoroços da vaidade, antes apaziguados, na certeza de que toda ascensão purifica, se não deflagra arrogância, soberba ou vangloria.

Em outra noite, igualmente inesquecível, também aqui chegou, alcançada a plenitude de floração do seu canto, a acadêmica Myriam Fraga. Evocando, como marco inicial de sua fala, a balada de Manuel Bandeira sobre Santa Maria Egipciaca, disse-vos atravessar os umbrais da porta que lhe era franquida como quem passasse um rio. E confessou: "Venho de mãos limpas. Veste-me apenas a túnica inconsútil da Poesia, guardando a santidade dos que nada possuem além do gosto indizível da palavra, a predestinação de cantar, como

as cigarras" ...

Eis-me aqui, diante de vós, para ser recebido na intimidade plácida deste *pántheion*, a que chego cansado das peregrinações, para depor, como os antigos gregos, as sandálias, o cinto e o bordão, antes de empreender a última das viagens. Mas não sou poeta, sequer para dizer como o lusitano Manuel Alberto Valente, em seu *Sete (Desen)cantos*:

"estou farto de rimar amor com dor ou mesmo

violácea com rosácea enquanto mexo os dedos

à procura da métrica que resuma o rigor do mundo

só que o mundo não tem qualquer rigor

dum lado e doutro do dito ó meus irmãos

já me passou o tempo das ilusões e pude ver

com os meus olhos as várias encanações da felicidade

um dia escreverei o romance que (me) falta

encher-me-ei de coragem para lutar com as palavras durante meses os amigos interrogar-se-ão sobre a minha ausência eu próprio

ficarei espantado por abdicar voluntariamente da vida

a favor de resmas de papel cobertas de fantasmas

talvez então a poesia se transforme em memória juvenil

um triciclo abandonado nos quintais do medo e eu me ria

de muita coisa que escrevi em degraus desesperados".

Relembrando - com a balada de Manuel Bandeira - um poema hagiográfico do século XIII, um longo poema de 1.452 versos, a admirada acadêmica Myriam Fraga revelou que os poetas continuam sendo "guardiões das metamorfoses". E as metamorfoses permitem-nos celebrações como essa à Santa do porto de Alexandria, ao andrajoso Ulisses ou ao destemido Gilgamesh...

Se Deus não me concedeu o dom da poesia, onde (consoante depoimento de

Affonso Romano de Sant'Anna) o nada se perde / o nada se cria / e o nada se transforma, não pude alçar as palavras, como pipas, no azul silencioso dos céus; se Deus me negou o verso ágil, vário, tático, sutil, diáfano, nervoso, sonoro, intenso e exato; se Ele não me ofereceu a paz lunar, a lira de Anfion, o mar sem distância o os horizontes sem fim da poesia... talvez o tenha feito porque uma outra seria minha messe e um outro o meu solitário ofício. Certo que o poeta é um solitário, ou melhor, é também um solitário. Confessou-o Beaudelaire em *Mon cœur mis à nu* Minha poesia (se é que ela existiu um dia) se transformou naquele brinquedo esquecido nos quintais da infância. Mas, desde as leituras de Rudolf Stammle, nos verdes anos de aprendizagem, fui seduzido pela visão do templo da Justiça, construído sobre pedras bem talhadas e observando linhas firmes e harmoniosas, velado por sábios sacerdotes. Senti-me chamado, com clara e fortalecida consciência, para atender, como julgador, àqueles que se sentiam sós, abandonados e desesperados. Mas nem por isso deixei de cultivar, nas noites velhas, os bons prosadores e poetas. Com eles, eu alargava os espaços e os limites do que eu chamava de meu *pomerium*. Se escrevi alguns livros e se alguns outros traduzi, busquei não dessagrar a literatura ou o direito. Escolhendo, como magistrado e como professor, a mais atormentada das disciplinas jurídicas - a ciência criminal -, sabia que a opção era por um caminho feito de sacrifício e de dor, sempre iluminado, no entanto, pelo raio de luz de uma esperança de redenção. Em milhares de decisões, evitei andar sobre o fio

da navalha do formalismo lógico, porque, como advertiu Bettiol, "o direito também é poesia, também é harmonia, e, portanto, arte". Esperava, também, que, trilhando as acidentadas sendas do direito penal, verdadeira *selva selvaggia e aspra e forte*, encontraria "uma bem-cuidada floresta, com amplas e serenas avenidas, propícias aos encontros amigáveis, quando, ao cair da noite, se

acendem as luzes e se fuma o cachimbo da paz". Na verdade, não seria preciso tanto! Bastaria um encontro sob um céu estival, um estreito caminho entre amieiros e freixos, o abraço fraternal de velhos condiscípulos, daqui e dalihures, com os quais tenho contado sempre nos tempos-temáticos do viver.

Como expositor do direito comparado, tenho admitido uma estrutura de pensamento e de saber que ultrapassa, não infrequentemente, a vigência da lei e os quadros dos sistemas normativos, para tentar uma abrangência maior – não digo mais importante – dos direitos no espaço e suas dimensões no tempo, cultivando, assim, enquanto comparatista, a vastidão da geografia jurídica e da história, inclusive a do direito. Sistuar-me-ia, ao que parece, numa região de claro-escuro, porque placentariamente vinculado ao direito, e lhe conservando a integridade excede-o, afinal, para alcançar, na medida do possível, uma visão mais universalista do jurismo, para além das ambigüidades e do caráter flutuante e pragmático com que, teoricamente, se pretende com o direito reduzir os antagonismos sociais, valendo-se, para tanto, de vias já traçadas, sem, muitas vezes, proceder-se a uma reflexão crítica e aberta em torno das profundas alterações de nossa sociedade mutante. Ora, o comparatista é alguém que trabalha à luz vaga e fria da lua, longe do sol escaldante das controvérsias estéreis. Para meu consolo, recordo sempre, com Jorge Luís Borges, uma metáfora persa em que se fala da lua como *espelho do tempo*. "Na expressão 'espelho do tempo' – esclarece Borges – encontra-se a fragilidade e também a eternidade da lua. Verifica-se aí uma grande contradição da lua: a de estar tão à beira da transparência, tão à beira do nada e, no entanto, ter a eternidade medida".

Senhoras e senhores acadêmicos. Abençoá-me o destino nesta noite inesquecível a coroar o meu crepúsculo, trazendo para as minhas relembranças a paisagem forte e multacentenária do Re-

côncavo, em que se encontra engastada a pequena Mata de São João, onde nasci, e onde se encontraria, se eu o houvesse tido, o *triciclo abandonado* a que se referiu Manuel Alberto Valente, e onde a criança que fui construiu o seu *snug resort* para o constante retorno aos dias inaugurais do viver...

Homem do Recôncavo, encontro, de logo, na Cadeira veneranda que me destinais, três outros homens do Recôncavo: André Rebouças, Teodoro Sampaio e Isaías Alves. O primeiro teve por berço o mesmo burgo que legou à pátria o mais celebrado jurista da época imperial: Teixeira de Freitas. Na Cachoeira de Ionjuras votivas, na adorável Vila de Nossa Senhora do Porto da Cachoeira, na heróica cidade por onde serpeia o Paraguaçu, ou Pernaguassu, foi ali que nasceu André Rebouças. Teodoro Sampaio era filho da patriarcal Santo Amaro da Purificação, primeiramente batizada como Vila de Nossa Senhora da Purificação e Santo Amaro, leal e benemérita cidade, "senhora e dona da nação da cana – no dizer de Clóvis Amorim, criada à sombra macia do negro escravo, povoadas de padres e reinós, de meirinhos e demandistas, de nobres e traficantes, de aventureiros e mascates" (...), a "cidade da nobreza, tendo condão e sortilégio, era já famosa na Província da Bahia, dava as cartas e jogava de mão, tomado a dianteira. Nenhuma, a Cachoeira vizinha ou a Jacobina das minas de ouro, possuía o seu renome e prestígio. Arrumando-se bem para a posteridade, já se orgulhava de sucessos e episódios. O médico Sabino, figura admirável de agitador romântico, descia, montado numa égua de passo, a Ladeira do Pé Leve, e conspirava, tramando a Sabinada. Os Encourados do Pedrão, com alguma pinga na resolução e certo sentido nativista na bravura, abalavam resolutos para as pelejas de Pirajá e Cabrito. Sergi, o grande general, levava o massapê para o Paraguai, comandando uma legião de bravos, rapaziada destemida que trocava o engenho pela guerra, a bagaceira pela glória" (Clóvis Amorim,

Santo Amaro, nação da cana, 2. ed., 1973). foi em Santo Amaro, na sacristia da capela do engenho Canabrava, que nasceu, a 7 de janeiro de 1855, Teodoro Sampaio, de prole bastarda.

Quero crer que ao eleger André Rebouças patrono da cátedra de que viria a ser o primeiro ocupante neste grêmio, Teodoro Sampaio revelou uma preferência e muitas afinidades com o homenageado. Não apenas pela igual formação universitária. Não apenas pela intensidade do labor. Tampouco pela dedicação à *res publica* em pleno Brasil imperial. Mas na grandeza de caráter, na altivez moral, na circunspecção social, na autodisciplina interior, na renúncia a dâdivas mesquinhias ou na obtenção de privilégios subalternos. Resolutos, intímoratos, cultos, tinham ambos o fascínio pelo saber, ocupando, cada qual em seu momento, os altiplanos culturais pontilhados de realizações práticas e proveitosas para a nação. O paralelismo supõe, apesar de tudo, dessemelhanças. Rebouças – dir-se-ia – “é a cultura dos livros, da experiência e das excursões ao estrangeiro”. Teodoro se gloriava de bem conhecer o Brasil “pelas vereadas pedregosas, quando fraldeava as serras ou pelas corredeiras espumantes, em que se precipitavam as canoas dos exploradores do sertão”. Se Rebouças era um *condottiero* ativo da causa abolicionista, Teodoro trabalhava, com ação tranqüila persuadindo e doutrinando. Rebouças – disse-o Joaquim Nabuco – “foi, talvez, dos homens nascidos no Brasil o único universal pelo espírito e pelo coração... Pelo espírito teremos tido alguns, pelo coração outros; mas somente ele foi capaz de refletir em si, ao mesmo tempo, a universalidade dos conhecimentos e a dos sentimentos humanos”. Universal pelo espírito, Teodoro viveu para o Brasil; fez preciosas considerações sobre a etnografia indígena, o tupi na geografia nacional, e discorreu, revelando amplo domínio da geografia, da história e da economia, sobre o Vale do Rio Paranaíba. Campos de Jordão e a Serra da Mantiqueira, São Paulo ao tempo da Anchieta, o Rio São Francisco e a Cha-

pada Diamantina, a fundação da Cidade do Salvador, inscrições lapidares no Vale do Paraguai e na Igreja de Nossa Senhora da Vitória em Salvador.

No cinqüentenário da morte de Teodoro Sampaio, o acadêmico Walfrido Moraes lembraria a infância humilde de Teodoro, os estigmas sociais do berço e da cor, “numa época em que os preconceitos eram mil vezes mais dolorosamente gritantes”. Rebouças e Teodoro eram mestiços. Essa circunstância provocaria no primeiro um forte complexo que Teodoro sublimaria. Ambos tiveram, no entanto, as mais fraternas expressões para os “irmãos” da África Negra. Volvido tanto tempo, ao avistar-se um novo século e, com este, um novo milênio, o problema do preconceito de raça ou de cor continua existindo. Poderia lembrar que a vigente Constituição brasileira considera a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível (Art. 5º, Inciso XLII) e que lei ordinária de janeiro de 1989 define as infrações resultantes de preconceitos de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional. Os dois textos reconhecem, por via obliqua, que ainda existem no imenso espaço brasileiro manifestações racistas.

Falando para os maranhenses, em São Luís, e para os gaúchos da região missionária, em Santo Ângelo, lembrei que, de fato, “a Bahia foi uma cidade negreira, à qual chegava o negro da *iluayê* longínqua e sacrificada”, e com o negro também chegava “o banzo, a saudade infinita gemendo no bojo do urucungo”. Acrescentei, todavia, que Pedro Calmon lembrara ter sido a Bahia onde, de modo mais sincero, se fazia a interligação das etnias, mais sentimental a fraternidade dos contrastes, mais pura a simplicidade dos humildes: a Bahia propiciou o “risonho império da mais comunicativa, da mais doméstica, da mais mestiça, da mais cordial civilização que se possa imaginar, essa que se produziu de gualdades ostensivas e equivalências interiores, as incompatibilidades apagadas pelas alianças, tendente tudo à

conciliação festiva, como se as raças antagônicas, as origens opostas, as heranças rivais depusessem as agressividades congênitas nas cinzas do mesmo turbulso que arde ao pé das potestades da clemência e do amor".

Retomando a linha da exposição, eis que se aproxima o terceiro homem do Recôncavo ligado à Cadeira nº 32 deste sodalício: Isafas Alves. Seu torrão natal – Santo Antônio de Jesus – foi por ele próprio descrito como *um horizonte aberto e luminoso, sem morros empinados ou vales de covis de gente. Desde o subir a Caixa d'Água, tudo se alegra, enquanto o fracasso do trem ecoa mais vivo, pelo arvoredo esbelto onde as palmeiras assomam linheiras no alto plano do casario desperto.*

Falar sobre Isafas Alves mais demoradamente importaria, tão-só, redizer o que sabeis, de conhecimento próprio ou pelas palavras abalizadas de mestres como Anísio Teixeira, Pedro e Jorge Calmon, Gilberto Freyre, Adonias Filho, Aloísio de Carvalho Filho, Guerreiro Ramos, Carlos Ribeiro, Thales de Azevedo, José Calazans, Edvaldo Boaventura e tantos mais que souberam mantê-lo na escalada das honras e demonstraram a ressonância de suas fecundas preleções nas questões de ensino, de educação, de pedagogia e psicologia pedagógica. Está, pois, Isafas Alves plenamente revisto em toda sua humanidade e no senhorio dos meios de que se valeu para expressar-se. Movia-o, sempre por sempre, a inabalável determinação que caracteriza as personalidades intelectualmente vigorosas.

Junto do Monumento ao Dois de Julho, em 1925, ofertou o grande educador uma lição de civismo: "O patriotismo não é rocha, a pátria é um ser vivo em eterno dinamismo. Ser patriota é agir, é organizar, é construir, guiando o gado ou arando a terra, às cantorias que se perdem nas quebradas; movendo as massas de ouro nas agitações fabris das lutas dos mercados; sopesando o pendão auriverde nas batalhas; educando a mocidade nas escolas; criando o amor a

Deus no presbitério; sarando as chagas, saneando a raça nas campanhas benditas da higiene; defendendo a sociedade na execução da lei e da justiça; erguendo as pontes, traçando as vias férreas, diminuindo as distâncias, alargando a civilização. Ser patriota é aumentar o patrimônio sagrado que os nossos avoengos nos deixaram; é cuidar da grandeza material e trabalhar pela beleza espiritual. É ser Caiuru, Bonifácio, Lima e Silva; é ser Visconde de Mauá, é ser Feijó, é ser Gonçalves Dias; repetir Floriano, Rio Branco, Oswaldo Cruz; renovar Rebouças, Itaboraí e Ruy Barbosa; é ser Macedo Costa, Duque de Caxias, é ser Pedro II; todos, todos submersos na imensa noite do passado e todos estrelas cintilantes no céu dos brasileiros, a brilharem por sobre os nevoeiros do presente, como o sol potente e inesgotável, nos rápidos eclipses em que a lua, pretensiosa e microscópica, espalha a tristeza na penumbra, antepondo-se, ridícula e pequenina, aos raios diretores na natureza terrestre".

As reminescências e as impressões da infância e da mocidade foram para o fundador da Faculdade de Filosofia da Universidade Federal da Bahia o grande e maravilhoso estendal que é o seu livro *Matas do sertão de baixo*. O memorialista fluente não excede, porém, o ensaísta primoroso. Os trabalhos de Masseron, de Joseph Calmette/Henri David e de Daniel Rops levaram-no, por exemplo, a estudar o pensamento de São Bernardo na obra de Dante. Isafas Alves, pretendendo ficar alheio à realidade, busca criar, "num ideal, uma realidade". Segundo revela, o tratamento do tema aguardou vários lustros até que ele se dispusesse a verificar se era a *Divina Comédia* "o maior poema didático depois de *Lucrécio*", e isso depois de haver encontrado, num tratado de psicologia da criança, a doutrina de Alighieri sobre a infusão da alma no embrião humano.

Não pode ser concebida em Isafas Alves uma inspiração *ex-nihilo*. Sua produção literária, construída passo a

passo, merece ser divulgada entre as novas gerações, salvo o que poderá sobrerestar oculta por trás de seu vulto gigantesco de pedagogo e educador.

Encontro, por fim, no rito das passagens, o meu antecessor mais próximo: Zitelmann José Santos de Oliva. Ou, simplesmente, Zitelmann de Oliva. Em sua oração de chegada a estes lares, oração que pretendeu desenvolver em tom confessional, admitia Zitelmann que escrever é missão. O escrever — acrescentou, então, — “é um ato que repele a leviandade. Escrever é dar-se. É doar-se. É exercício da mais alta dignidade. O escrever não admite fraquezas nem irreflexões. Emitir uma opinião é assumir pleno da essencial responsabilidade perante si mesmo, perante a comunidade e perante Deus”. Em um de seus livros (*Amizade todo o dia*) observa: “O sentimento essencial da vida humana é o amor. O homem vive para amar multimodamente. Amar é o verbo decisivo na vida do homem”.

Zitelmann de Oliva foi o fundador da *Artes Gráficas*, tendo também ajudado a montar as gráficas da Universidade Federal da Bahia e do Banco Econômico; editou as revistas *Angulos* e *Ergon*. Jornalista, fundou com João Falcão o *Jornal da Bahia*. Foi professor do Curso de Comunicação e dirigiu os setores financeiro e administrativo da Universidade Federal da Bahia, na gestão do Reitor Miguel Calmon.

Deixou-nos significativa bibliografia: *Um homem e sua sombra*, *Viagem em torno de um relatório ou problemas de uma Universidade, presença da Igreja, Amizade todo dia, Ação e reflexão, São coisas da vida e 60 anos no retrovisor*. Para o acadêmico José Calazans, no caso de Zitelmann de Oliva, “a unidade da obra realizada e o seu próprio valor literário vencem, de sobra, a aventada questão numérica”, em si resultante de condições específicas da Província...”

Sobre o escritor disse Alceu de Amoroso Lima ser “a imagem de uma alma fremente de amor da verdade, da

paz e do próprio amor que reencontrou um dia quando, no fim de um túnel... deu de cara com Deus!”

Cecília Meireles encontrava-se na Índia, *feliz como folha débil na mão da aragem*, quando lhe perguntaram para onde iria, a seguir. Ela obtemperou: “Quem sabe para onde vai, jamais? Se for para o norte, encontrarei o templo de ouro de Amritsar, em cima do poço da Imortalidade. Se for para o sul, vou ter à cidade deserta de Fatehpur-Sikr, ao pórtico de Sanchi, às grutas de Ajanta, às pedras de Heiderapad, às minas de Golconda, até Madura, — a indescritível — sempre entre deuses, colunas, templos, escadarias... Se for para oeste, chegarei à rósea Jaipur, com o Palácio dos Ventos, o cintilante Observatório, os salões de nácar do alto palácio de Amber... Se for para leste, verei o Taj-Mahal, Banaras, com seus tecidos de ouro e seus penitentes mergulhados na lama do rio santo, o Ganges, reclinado em alvas areias”... E conclusiva: “Para qualquer lado que vá, tudo será maior que qualquer sonho”.

Também eu não sabia para onde ir!...

Antes de atender à *vocatio* das instâncias carcerais do (meu) direito penal, com seus valores dogmatizados e com os da modernidade cindida em facetas poliédricas, já a literatura trabalhara, em mim, um sentimento amoroso entre aqueles sentimentos mais antigos “que não perdem a sua força, que não se deixam aniquilar pelo tempo e pelos acontecimentos”... Assim, não houve qualquer evanescência quando os imprevisíveis caminhos da vida me levaram a lugares variados, próximos às vezes, e, às vezes, distantes destes céus e desta paisagem mágica de nossa terra. Hoje, o simples *estar aqui* permite àqueles sentimentos que redespertem sonhos e projetos que não se perderam na memória de meu próprio tempo interior. Os caminhos percorridos ao longo das manhãs e das tardes sem história me trouxeram até esta noite festiva e inesperada. E, de repente, dou-me conta: ela não

é uma noite outonal. A primavera está lá fora. Não é preciso inventá-la. Mas ela está também aqui, verdadeira, sem alegorias, neste instante em que vos falo.

Quando compôs "A canção da terra" (*Das Lied von der Erde*), Mahler, ao encontrar a beleza, com ela encontrou, também, as lágrimas humanas e as gároas outonais! Cruzo o pórtico desta Casa com minhas próprias fraquezas, sem os tempos musicais, sequer os de uma *mattinata* de Ruskin; sem os interlúdios ou noturnos carregados da poesia em que o poeta se desoculta:

*"O sonho é ver as formas invisíveis
Da distância imprecisa, e, com sensíveis*

Movimentos da esperança e da vontade,

Buscar na linha fria do horizonte

A árvore, a praia, a flor, a ave, a fonte –

Os beijos merecidos da verdade."

Apresento-vos, Senhoras e Senhores Acadêmicos, a oblação do meu reconhecimento. Agradeço o convite para convosco amesendar-me; agradeço pelo reencontro com o presidente Cláudio Veiga, que, vai para quarenta e três anos, me propiciou o contato com *Le génie du christianisme*, de Chateaubriand, com a poesia de Verlaine, Beau-delaire e Mallarmé; pelo reencontro com Luiz Henrique Dias Tavares, que, antes de Braudel, Le Goff, Chaunu, Larivaille e Ludwig Beutin, me revelou a beleza e a indispensabilidade da História; ainda pelo reencontro com J. Eurico Matta, dileto e fraternal companheiro desde o curso clássico, no Colégio da Bahia, e desde as primeiras publicações de ensaios no suplemento literário de *A Tarde*, com a permissão de Jorge Calmon. A todos vós, identificados na mesma grandeza humana e no mesmo saber superlativo, somente posso dizer nesta noite – para mim – duplamente de ação de graças: obrigado, meus confrades!

TRIBUNAL EMPOSSA DOIS NOVOS DESEMBARGADORES

Os desembargadores José Justino Pontes Telles e João Santa Rosa de Carvalho foram empossados no dia 9 de dezembro, em cerimônia no Salão de Casamentos do Fórum Ruy Barbosa, pelo presidente do Tribunal de Justiça, desembargador Mário Albiani. Os dois novos desembargadores foram promovidos em sessão plenária do dia 6 de dezembro.

Justino Telles, juiz da Vara de Registros Públicos da comarca de Salvador, ocupou vaga decorrente da aposentadoria do desembargador José Soares Sampaio, a quem vinha substituindo desde fevereiro deste ano. Justino Telles é natural de Salvador e começou na magistratura no início dos anos 60.

João Santa Rosa, juiz da 2ª Vara de Substituições da Comarca de Salvador, ocupou vaga decorrente da aposentadoria do desembargador Francisco de Souza Fontes, a quem, também, vinha substituindo desde fevereiro. Santa Rosa é natural de Paripiranga e começou sua carreira de magistrado igualmente no início dos anos 60.

José Justino Telles: por merecimento

"Eu nunca me senti movido a servir à Justiça, como realidade abstrata; na verdade, a idéia da Justiça não nasce da conveniência, nem muito menos de mero capricho da História. A própria consciência moral que todo homem carrega, de bom grado ou não; essa consciência se nos apresenta como autêntico juiz imparcial, fechado para acordos escusos ou imposições que venham desviá-lo do seu justo parecer".

As reflexões são de um dos mais novos desembargadores, José Justino Pontes Telles, escolhido, por merecimento, para totalizar o número de 27

membros do Tribunal. O juiz Justino Telles ocupou a vaga decorrente da aposentadoria do desembargador José Soares Sampaio.

Justino Telles era o titular da Vara de Registros Públicos e Acidentes de Trabalho, embora desde fevereiro deste ano estivesse ocupando o cargo de desembargador, substituindo José Soares Sampaio, na 3^a Câmara Cível.

Diplomado na primeira turma do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, no início da década de 60, Justino Telles advogou por apenas dois anos, cumprindo o limite mínimo para submeter-se ao concurso para juiz de direito.

Aprovado, foi designado para a comarca de Saúde, tendo sido transferido, em março de 1964, para Queimadas.

Por merecimento, em 1965, foi para a comarca de Cipó, tendo antes ocupado a comarca de Mairi. Dois anos depois, foi transferido para Alagoinhas, preenchendo a vaga deixada pelo então juiz Dermeval Bellucci da Silva.

No dia 13 de abril de 1977, o juiz Justino Pontes Telles veio para Salvador, ocupando, por merecimento, a Vara de Assistência Judiciária, por um período de dois anos.

Posteriormente, serviu na Vara de Família. Em seguida, na Vara de Substituições, tendo sido convidado pelo desembargador Mário Albani para integrar a equipe de colaboradores da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

O desembargador José Justino Pontes Telles nasceu em Salvador e é casado com a pedagoga Mariângela Silva Telles, tem três filhos: Fernando, estudante da Unicamp, Ana Maria e Luciana, ambas estudantes do Colégio Antônio Vieira.

João Santa Rosa: por antiguidade

Por antiguidade, assumiu o cargo de desembargador o juiz João Santa Rosa de Carvalho, que desde fevereiro

deste ano substituía o desembargador Francisco Fontes. A escolha não o pegou de surpresa, contou o magistrado, explicando que estava prevista com a aposentadoria compulsória do desembargador Rosálvio de Andrade Martins.

Embora estivesse como titular da 2^a Vara de Substituições, durante todo o ano e mesmo no ano anterior, 1990, Santa Rosa substituiu Francisco Fontes.

Na capital, o juiz João Santa Rosa ocupou, durante 17 anos, a 13^a Vara Cível. Foi o responsável pela sua instalação em 1975.

Formou-se pela Universidade Federal da Bahia, em 1953, submetendo-se a um concurso para promotor, classificando-se em terceiro lugar. Como promotor, foi designado para a comarca de Euclides da Cunha, em 1955, permanecendo por três anos, tendo, posteriormente, servido na comarca de Camamu.

O desembargador foi homenageado pela Câmara de Vereadores de Camamu, com o título de Cidadão.

Em 1959, ainda promotor, submeteu-se ao concurso para juiz, alcançando o primeiro lugar, sendo designado para servir na comarca de Paripiranga, município onde nasceu. Ficou em Paripiranga por um período de três anos.

Por merecimento, foi promovido para Camamu, onde permaneceu, também, três anos.

Em decorrência da reforma judiciária, em 1966, o juiz Santa Rosa foi para Jequié, ficando na comarca por mais de oito anos.

Nos primeiros anos da década de 70, foi promovido para a 1^a Vara de Assistência Judiciária, na Capital, tendo sido, posteriormente, transferido para a 13^a Vara Cível, com a incumbência da sua instalação. Durante 17 anos serviu à 13^a Vara Cível.

O desembargador João Santa Rosa de Carvalho é casado com Ila Maria Nascimento de Carvalho e tem três filhos: Maria do Socorro, jufza da comarca de Esplanada; Ana Celina, engenheira, e Santa Rosa Júnior, estudante universitário.

Feliz com a promoção, o desembargador lembrou outro momento de alegria, quando o então prefeito de Jequié, Landulfo Caribé, escolheu o seu nome para uma praça da cidade. Foi erguido um obelisco com a seguinte inscrição: "Ao juiz João Santa Rosa, orgulho da Justiça no Brasil". Um exagero, no entender do novo desembargador.

Tribunal Pleno

Eis os demais desembargadores que integram o Tribunal de Justiça do Estado: Mário Albiani (presidente), Wilde Lima (vice-presidente), Falzac Soares (corregedor geral), Manuel Pereira, Jorge Fernandes Figueira, José Abreu, Gérson Pereira, Dermeval Bellucci, Paulo Furtado, Ruy Trindade, Jayme Bulhões, Cícero Britto, Jatahy Fonseca, Ivan Brandão, Olny Silva, Luiz Pedreira, Raymundo Vilela, Aloísio Batista, Osmar Oliveira, Robério Braga, Batista Neves, Celsina Reis, Ayrton Freitas, Hélio Neves da Rocha e Hélio Lanza.

Com a posse dos dois novos membros, Santa Rosa e Justino Telles, o Tribunal Pleno completa seu quadro de 27 desembargadores.

horas do próximo dia 2 de fevereiro, no Fórum Ruy Barbosa.

Após sua eleição para a Presidência do Tribunal de Justiça, para o biênio 1992/1994, o desembargador Paulo Furtado fez um pronunciamento, onde agradeceu "a quantos sufragaram meu nome". Disse o presidente eleito que, a inspirá-lo, estão as gestões de grandes presidentes, citando Nicolau Calmon, José Luiz de Carvalho Filho, Renato Mesquita, Manuel Pereira, Jorge Figueira, Gérson Pereira e Mário Albiani, "para lembrar alguns".

Eis, na íntegra, o discurso do desembargador Paulo Furtado:

"Sei que este é o momento mais importante e certamente o mais grave de minha vida. Sempre imaginei que se recebesse essa honrosa missão com a alegria dominando, no coração, todos os outros sentimentos. Mas não é isso exatamente o que me ocorre. Antes, posso sentir a angústia de quem se vê posto já à prova; cercado inteiramente pela expectativa dos que desejam, legitimamente, preservar as tradições da Justiça baiana; exposto à cruel realidade de ter que enfrentar situações difíceis e delicadas, impostas pela responsabilidade do cargo.

O salmista escreveu que a proteção e a misericórdia de Deus envolvem aquele que n'Ele confia. É, pois, a Ele que recorro, agora, em primeiro lugar, para que não me abandone nesta nova e espinhosa empreitada, como nunca me abandonou em minha vida; que conduza minha mão e me ilumine o espírito na hora necessária; que seja Ele o verdadeiro autor do nosso destino.

Expresso meu agradecimento a quantos sufragaram meu nome, na certeza do quanto agora lhes transmito, repetindo, aliás, o que afirmei no meu discurso de posse nesta Casa: o meu compromisso é com a Bahia e com o Poder Judiciário da Bahia. E vou cumpri-lo.

Ninguém ignora ou contesta a respeitável tradição da Justiça de nossa terra, construída à custa de um trabalho

TRIBUNAL DE JUSTIÇA ELEGE MESA DIRETORA PARA O BIÊNIO 92 - 94

O desembargador Paulo Furtado, 47 anos, foi eleito, no dia 13 de dezembro último, presidente do Tribunal de Justiça do Estado, em sessão da qual participaram os 27 desembargadores que formam o Tribunal Pleno. Completando a Mesa Diretora do Tribunal de Justiça foram eleitos os desembargadores Ruy Trindade, 65 anos, para a vice-presidência, e Dermeval Bellucci, 64 anos, para a Corregedoria Geral.

A posse dos novos membros da Mesa Diretora está marcada para as 14

digno e à conta de muito amor pela instituição, por sérios e veneráveis juízes que deixaram seus nomes indelevelmente registrados no livro de nossa história. Mas, se de um lado me cumpre o dever de conservar essas tradições, de outro, também, se me impõe preservar o único patrimônio que pretendo legar aos meus filhos: um patrimônio moral, edificado sobre o lastro de um nome honrado.

Peço, com sinceridade, e confio, com segurança, em que não me faltará a união e a colaboração dos colegas: afinal, as grandes decisões do Poder hão de ser tomadas pelo Tribunal. Não ponham em dúvida a minha firme disposição de empreender uma gestão madura e profícua: todas as minhas forças, todas as minhas energias, no seu limite máximo, estarão à disposição do Judiciário, para corresponder a essa expectativa de uma administração séria e competente. O meu gabinete será o gabinete de todos. Pretendo que a minha voz, como chefe do Poder, seja a voz de todos. Quero, sobretudo, a crítica construtiva, ainda que a esteja impedindo, eventualmente, o receio de algum constrangimento. Não o alimentem, por favor, pois farei o que estiver ao meu alcance para manter a nossa convivência num ambiente que nos lembre o prolongamento de nossas próprias casas: de harmonia e de paz.

Quero aproveitar o ensejo para manifestar aos colegas o meu entendimento de que a questão da independência e da harmonia entre os poderes do Estado não pode e não deve ser tratada como programa, como bandeira ou como meta. Tudo farei para preservar a independência do Judiciário e não pouparei esforços para alimentar a harmonia entre o nosso Poder e os poderes Legislativo e Executivo. Afinal, cuida-se de uma norma constitucional a que devemos obediência: não se deve questionar quanto ao dever de cumpri-la. Considero isso tão indiscutível que não admito, como legítimo ou razoável, algum receio de transigência a respeito.

É natural que tenhamos alguns pla-

nos de ação. Mas me permito não detalhá-los, nesta oportunidade, não apenas porque sem cabimento, como, e principalmente, porque estimaria trocar idéias com todos, antes de levá-los inteiramente a público, até porque muito terei a recolher de cooperação e de novas idéias.

Há poucos dias, dizia eu aos colegas aposentados que o processo de moralização é irreversível, que é imperativa a sua continuação, conquanto isso não se possa tornar uma obsessão, de forma a que esqueçamos de oferecer a contrapartida para o quanto exigimos de eficiência e correção.

Assim também a filosofia do "juiz-participação", em boa hora implantada pelo nosso presidente, desembargador Mário Albiani, que deve ser incentivada, mas de forma a conter-se, naturalmente, os excessos a que podem levar os arroubos de nossos jovens juízes, para que, na prática, essa filosofia não resulte em que, ao invés de popularizar-se, a Justiça se venha a vulgarizar. Ir ao povo, sim, mas sem prejuízo da altivez, da dignidade e da compostura, que são valores eternos para nós.

A me inspirar, estão afiadas as gestões de grandes presidentes, alguns dos quais, inclusive, oriundos do quinto constitucional, como eu: Nicolau Calmon, José Luiz de Carvalho Filho, Renato Mesquita, Manuel Pereira, Jorge Figueira, Gérson Pereira e Mário Albiani, para lembrar alguns, apenas.

Enfim, minha consciência me diz que devo enfrentar com coragem esse desafio; com humildade, com muita humildade, confiante em que não me dominará o sentimento menor da vaidade; em que não perca de vista que, como presidente, mais não serei que um executor das decisões do Tribunal de Justiça da Bahia.

Se me indagassem hoje sobre como gostaria de ser lembrado ao final da minha gestão, diria que, menos pelas obras que porventura realizar e inaugurar, seria feliz se pudesse lembrar de mim pela marca social e humana que preten-

do imprimir aos meus atos. Queria, principalmente, que, ao final, todos tivessem a certeza de que, apesar dos obstáculos postos por esta selva em que nos encontramos, eu os tratei como "gente" e não como "números", apenas.

Esta demonstração de confiança que acabo de receber dos meus pares é a expressão maior de que não me faltarão

a solidariedade e a união. De minha parte, não faltarei aos colegas como não faltarei à Bahia.

Emocionado e sumamente honrado pelo voto com que Vossas Excelências me escolhem para essa alta missão, pleiteio — permitam-me — agora o voto de seus corações, voto de que também — e sobretudo — necessito e agradeço".

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO	
- Crimes dos arts. 129, <i>caput</i> , e 331 do Código Penal (2 ^a Câm. Crim.)	178
ABREU FILHO, JOSÉ	
- Procedimentos cautelares. O poder cautelar geral (Doutrina)	50
AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO	
- Ausência de intimação do advogado. Nulidade do processo (3 ^a Câm. Cív.)	125
AÇÃO DE ALIMENTOS	
- (3 ^a Câm. Cív.)	126
AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE	
- Cláusula constante de partilha dos bens do casal em ação de separação consensual. Preliminares de cerceamento de defesa e da coisa julgada rejeitadas. Procedência da ação (4 ^a Câm. Cív.)	131
- Testamento. Formalidades. Improcedência. Apelo. Rejeição das preliminares. Provimento (1 ^a Câm. Cív.)	66
AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO	
- (1 ^a Câm. Cív.)	70
- Alcir Santos de Oliveira (Sentença)	201
AÇÃO DE DEPÓSITO DE VEÍCULO	
- Prisão civil (4 ^a Câm. Cív.)	133
AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO	
- (1 ^a Câm. Cív.)	72
AÇÃO DE DESPEJO	
- (2 ^a Câm. Cív.)	101
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	
- Aplicação no mercado financeiro durante o período de greve bancária (3 ^a Câm. Cív.)	127
- Valdecfrio de Oliveira Carneiro (Sentença)	205
AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE	

– (1 ^a Câm. Cív.)	74
– (1 ^a Câm. Cív.)	76
AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRA-DORES	
– (1 ^a Câm. Cív.)	78
AÇÃO DE REVISÃO DE ALUGUEL	
– Objeto próprio. Apelação interposta contra sentença que a julga procedente. Acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa. Anulação de ato judicial e suas consequências (2 ^a Câm. Cív.)	103
AÇÃO REVISIONAL	
– Revelia. Comparecimento do réu antes do julgamento. Perícia. Indispensabilidade. Nulidade da sentença (1 ^a Câm. Cív.)	79
ACIDENTE DE TRÂNSITO	
– Responsabilidade civil. Prova inconclusa da culpabilidade, do condutor do veículo do réu. Lucros cessantes. Recurso adesivo. Improvimento (2 ^a Câm. Cív.)	105
A CONTESTAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS	
– Paulo Furtado (Doutrina)	13
AÇÕES ANULATÓRIA, REIVINDICATÓRIA E DE RESSARCIMENTO DE DANOS	
– Provimento do agravo para correção de inexatidão material. Rejeição de preliminares. Provimento parcial ao recurso do Estado. Improvimento do apelo do autor (2 ^a Câm. Cív.)	107
ALIENAÇÃO EM FRAUDE À EXECUÇÃO	
– Adjudicação e imissão de posse em favor do exequente. Indeferimento da segurança (4 ^a Câm. Cív.)	135
A PENA E SUA APLICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL	
– (Noticiário)	221
APREENSÃO POLICIAL DE VEÍCULO ENVOLVIDO EM PRÁTICA DELITUOSA.	
– Denegação de pedido judicial de liberação. Cabimento (Câms. Crims. Reuns.)	151
APROVADAS NOVAS ZONAS ELEITORAIS	
– (Noticiário)	233
ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO	
– Ato comissivo. Insuficiência de provas. Questão intrincada ensejando a dúvida. Indeferimento do <i>writ</i> (1 ^a Câm. Cív.)	80
A VISUALIZAÇÃO DOS ACIDENTES AUTOMOBILÍSTICOS SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DA COISA.	
– Nilza Reis (Doutrina)	20

BUSCA E APREENSÃO	
- Deferimento de liminar. Natureza cautelar da medida. Cessação da eficácia (1 ^a Câm. Cfv.)	82
CÁLCULO DE GRATIFICAÇÃO DE ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO	
- Raymundo de Souza Carvalho (Sentença)	207
CAMAÇARI LANÇA PEDRA FUNDAMENTAL DO FÓRUM	
- (Noticiário)	233
CARNEIRO, VALDECÍRIO DE OLIVEIRA	
- Ação de indenização (Sentença)	205
CARVALHO, RAYMUNDO DE SOUZA	
- Cálculo de gratificação de adicionais por tempo de serviço (Sentença)	207
CITAÇÃO EDITALÍCIA	
- Afixação. Defensor nomeado. Nulidade do processo (1 ^a Câm. Crim.)	153
CO-AUTORIA	
- Comprovação (2 ^a Câm. Crim.)	179
CONCUBINATO	
- Sociedade de fato. Indenização. Partilha e indenização por serviços prestados. O art. 226, § 3º da Constituição Federal (4 ^a Câm. Cív.)	137
CONCURSO PÚBLICO	
- Exigência de documentação não atendida para habilitação ao cargo na data de inscrição (Câms. Cívs. Reuns.)	61
CONCURSO PÚBLICO PARA A MAGISTRATURA	
- Limite de idade. Média mínima exigida pela lei editalícia (Trib. Pleno)	57
CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO	
- Anistia da correção monetária. Improvimento (4 ^a Câm. Cív.)	139
CONTRATO	
- Diversidade. Fusão. Inadimplência. Provimento do recurso (1 ^a Câm. Cív.)	83
COSTA, EDUARDO SILVA	
- Denúncia vazia, um anacronismo jurídico (Doutrina)	31
COSTA, MARCUS VINÍCIUS AMERICANO DA	
- O direito à pensão alimentícia (Doutrina)	48
	251

COSTA, ROLEMBERG	213
- Roubo (Sentença)	
DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS	180
- Duplicidade de versões (2 ^a Câm. Crim)	
DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA DESFUNDAMENTADO	155
- Réu primário e de bons antecedentes. Ordem deferida (1 ^a Câm. Crim)	
DELITO DE TRÁFICO DE TÓXICO	
- Denúncia formulada com os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e sem a existência de qualquer vício previsto no art. 43 do mesmo código. Tempestividade no oferecimento das razões de recurso de um dos cō-reus. Nulidades argüidas que não resultaram prejuízo para a acusação ou para a defesa. Desnecessidade do exame de dependência. Prova material indubidosa. Insuficiência de prova para a condenação de dois cō-reus. Aplicação da pena exasperada. Não-configuração de crime continuado. Inaplicabilidade da primeira parte do art. 18, III, da Lei 6.368, de 21.10.76 (2 ^a Câm. Crim)	182
DELITO DE TÓXICOS	
- Condenação. Falta de provas para evidenciar a autoria (2 ^a Câm. Crim)	185
DELITOS	156
- Desclassificação (1 ^a Câm. Crim)	
DENÚNCIA VAZIA	
- Julgamento antecipado. Retomada. Fundo de comércio. Inadmissibilidade. Improvimento ao agravo (1 ^a Câm. Cfv)	85
- Locação não-residencial. Notificação premonitória. Procedência do pedido. Apelo. Arguição de inexistência da sentença e do processo por falta de representação da autora pelo advogado para postular em seu nome. Preliminar não acolhida. Mérito da questão não discutido. Improvimento do recurso (1 ^a Câm. Cfv)	86
DENÚNCIA VAZIA, UM ANACRONISMO JURÍDICO	31
- Eduardo Silva Costa (1 ^a Câm. Cfv)	
DESEMBARGADOR ENTRA PARA A ACADEMIA	229
- (Noticiário)	
DESPEJO	
- Retomada para uso de filho adotivo. Viabilidade (4 ^a Câm. Cfv)	140
- Uso próprio por necessidade comprovada. Nulidade da sentença (4 ^a Câm. Cfv)	141
DUPLO HOMICÍDIO	
- Dois acusados. Unidade do julgamento. Libelos divorciados da sentença de pronúncia. Anulação do processo, a partir desses libelos (1 ^a Câm. Crim)	158

EMBARGOS	
- Nulidade. Morte da parte. Desconhecimento do juízo. Dívida. Quitação por quem não tinha condição de fazê-lo (1 ^a Câm. Cív.)	88
EMBARGOS DE TERCEIROS	
- Linha telefônica. Improvimento (4 ^a Câm. Cív.)	142
- Oposição de embargos de terceiros contra ato de apreensão judicial praticado em qualquer feito, seja no processo de conhecimento, no de execução ou cautelar. Legitimidade <i>ad causam</i> (2 ^a Câm. Cív.)	110
ENCONTRO DE ESTUDANTES DE DIREITO COM JUÍZES	
- (Noticiário)	236
ESTUDANTES DEBATEM PENA DE MORTE EM PALESTRA NO FÓRUM	
- (Noticiário)	234
ESTUPRO	
- Decisão lastreada em declarações da vítima e da genitora. Fatos, indícios e circunstâncias comprometedores. Improvimento (1 ^a Câm. Crim.)	161
EXCESSO PRAZAL	
- Deferimento (1 ^a Câm. Crim.)	162
- Flagrante. Imprestabilidade. Deferimento (1 ^a Câm. Crim.)	163
EXECUÇÃO	
- Nomeação de bem à penhora. Inadmissibilidade. Alegação de cerceamento de defesa não acolhida. Improvimento ao recurso (1 ^a Câm. Cív.)	89
- Nulidade de citação. Liquidez do título. Improvimento (4 ^a Câm. Cív.)	144
- Oposição de embargos. Rejeição. Improvimento ao recurso (1 ^a Câm. Cív.)	91
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL	
- (2 ^a Câm. Cív.)	112
EXTINÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA	
- Não-citação dos litisconsortes necessários (3 ^a Câm. Cív.)	129
FALÊNCIA	
- Clésio Rômulo Carrilho Rosa (Sentença)	208
FALTA DE CITAÇÃO DO LITISCONSORTE	
- Realização do ato processual impugnado. Extinção do processo (2 ^a Câm. Cív.)	113
FARIA JÚNIOR, CÉSAR DE	
- O caso do Bablorixá Nelson (Quando a paranormalidade dá cadeia!) (Doutrina)	38
	253

FEIRENSE CONFIANTE NOS JUIZADOS - (Noticiário)	231
FURTADO, PAULO - A contestação na ação de alimentos (Doutrina)	13
FURTO - (2 ^a Câm. Crim.)	186
FURTO QUALIFICADO - Concurso de agentes. Desclassificação para o delito do <i>caput</i> do art. 155 do Código Penal. Participação não comprovada (2 ^a Câm. Crim.)	188
GÉRSON PEREIRA DOS SANTOS: O MAIS NOVO IMORTAL DA ACADEMIA DE LETRAS DA BAHIA - (Noticiário)	237
HABEAS-CORPUS - Pluralidade de pacientes (2 ^a Câm. Crim.)	189
HABEAS-CORPUS LIBERATÓRIO - (2 ^a Câm. Crim.)	191
HOMICÍDIO ABERRATIO ICTUS - (2 ^a Câm. Crim.)	191
HOMICÍDIO CULPOSO - Acidente de vesculo. Atropelamento e morte de criança. Prova da culpa. Improvimento do apelo (1 ^a Câm. Crim.)	164
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - (4 ^a Câm. Cív.)	145
ILEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA - (1 ^a Câm. Crim.)	165
ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - Extinção do processo. Cessão irrevogável e irretratável de direito em incorporação de prédio de apartamento. Art. 1.074 do Código Civil (2 ^a Câm. Cív.)	115
IMPEDIMENTO DO JULGADOR - Casos taxativamente enumerados pelo art. 134 do Código de Processo Civil (Câms. Cív. Reuns.)	62
INAUGURADO CPD DO JUDICIÁRIO - (Noticiário)	228
INFORMÁTICA CHEGA À 2 ^a INSTÂNCIA - (Noticiário)	235

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE	
- Apreciação da prova pelo juiz. Indícios e presunções. Comprovação da conduta reprovável da mãe do investigante (4 ^a Câm. Cív.)	146
INVESTIGATÓRIA	
- Incompetência territorial. Preclusão. (2 ^a Câm. Cív.)	117
JPC DE FEIRA TEM TURMA JULGADORA	
- (Noticiário)	229
JUIZ DEVE RESISTIR À DESAGREGAÇÃO SOCIAL	
- (Noticiário)	228
JUÍZES VÃO TRABALHAR EM MUTIRÃO	
- (Noticiário)	234
JÚRI	
- Novo julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Correção da pena aplicada (2 ^a Câm. Crim.)	193
- Quesitos obrigatórios. Ausência. Nulidade (1 ^a Câm. Crim.)	167
LATROCÍNIO	
- Proveito patrimonial. Prova indiciária induvidosa. Sentença condenatória. Improvimento (1 ^a Câm. Crim.)	168
LEGÍTIMA DEFESA	
- (1 ^a Câm. Crim.)	169
- Decisão do Conselho Especial de Justiça. Ausência de testemunhas. Inexistência de outras provas ou circunstâncias descaracterizadoras da discriminante. Decisão compatível com a versão do agente. Improvimento do recurso (1 ^a Câm. Crim.)	171
LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA	
- Decisão do Tribunal do Júri contrária à prova dos autos. Impossibilidade da discriminante em concurso de agentes. Limite da soberania do Tribunal popular. Provimento (1 ^a Câm. Crim.)	172
LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA	
- Cálculo do contador. Intimação das partes. Impugnação do cálculo. Decisão fundamentada (1 ^a Câm. Cív.)	93
LOCAÇÃO	
- Despejo. Purgação da mora. Reabertura de prazo (4 ^a Câm. Cív.)	148
MAGISTRADO PREOCUPADO EM MELHORAR A JUSTIÇA	
- (Noticiário)	236
MAGISTRADOS INDICAM ALBIANI PARA A AMAB	
- (Noticiário)	234
	255

MANDADO DE INJUNÇÃO	
- Pressuposto de admissibilidade: ausência de norma regulamentadora. Inviabilidade da injunção para obter majoração de vencimentos de servidores públicos (Trib. Pleno)	57
MANDADO DE NOTIFICAÇÃO	
- Falta de assinatura do advogado. Peso da maconha. Divergência. Entorpecente. Sentença. Fundamentação. Relação entre o crime e a ré (1 ^a Câm. Crim.)	174
MANDADO DE SEGURANÇA	
- Prazo para propositura. Verdade sabida. Inocorrência (2 ^a Câm. Cív.)	118
MEDIDA CAUTELAR	
- (2 ^a Câm. Cív.)	120
MUNICÍPIO	
- Representação em juízo (Câms. Cívs. Reuns.)	65
NOMEADOS JUÍZES PARA COMARCAS DO INTERIOR	
- (Noticiário)	236
NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA	
- Ação de despejo. Inaplicação da regra do art. 806 do Código de Processo Civil (4 ^a Câm. Cfv.)	149
O CASO DO BABALORIXÁ NELSON (QUANDO A PARANORMALIDADE DÁ CADEIA!)	
- César de Faria Júnior (Doutrina)	38
O DIREITO À PENSÃO ALIMENTÍCIA	
- Marcus Vinicius Americano da Costa (Doutrina)	48
OESTE DA BAHIA GANHOU MAIS 4 COMARCAS	
- (Noticiário)	230
OLIVEIRA, ALCIR SANTOS DE	
- Ação de consignação em pagamento (Sentença)	201
PENITENTE	
- Requerimento de benefícios (2 ^a Câm. Crim.)	195
PROCEDIMENTOS CAUTELARES. O PODER CAUTELAR GERAL	
- José Abreu Filho (Doutrina)	50
PROCESSO DE CONCORDATA PREVENTIVA	
- Preliminares de intempestividade e de coisa julgada rejeitadas (1 ^a Câm. Cív.)	94

PROVA DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL	
- (Concurso de Juiz de Direito).....	217
- (Concurso de Juiz de Direito).....	219
RECURSO	
- Legítimo interesse. Lesividade. Não-conhecimento (1 ^a Câm. Cív.).....	98
REIS, NILZA	
- A visualização dos acidentes automobilísticos sob a ótica da responsabilidade civil pelo fato da coisa (Doutrina).....	20
REVISÃO CRIMINAL	
- Improcedência contra sentença fundamentada, estribada na prova exuberante dos autos (Câms. Crims. Reuns.).....	152
ROSA, CLÉSIO RÔMULO CARRILHO	
- Falência (Sentença)	208
ROUBO	
- (1 ^a Câm. Crim.)	175
- Rollemborg Costa (Sentença)	213
SERVIDÃO PREDIAL	
- Remoção de um lugar para outro. Vantagens do prédio dominante. Despesas (1 ^a Câm. Cív.)	98
SUPERINTENDENTE DO IPRAJ DESTACA AS VANTAGENS DO MALOTE	
- (Noticiário)	231
TESTEMUNHA	
- Impedimento. Agravo improvido (1 ^a Câm. Cív.)	100
TRÁFICO DE MACONHA	
- Condenação. Apelo da defesa (2 ^a Câm. Crim.)	196
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL	
- Denuncia caluniosa. Tipicidade (ausência). Falta de justa causa (2 ^a Câm. Crim.)	197
TRANSAÇÃO	
- (2 ^a Câm. Cív.)	122
TRIBUNAL DE JUSTIÇA ELEGE MESA DIRETORA PARA O BIÊNIO 92-94	
- (Noticiário)	245
TRIBUNAL EMPOSSA DOIS NOVOS DESEMBARGADORES	
- (Noticiário)	243
VULNERAÇÕES DE PRINCÍPIOS LEGAIS E RESULTANTES DE <i>ERROR IN PROCEDENDO</i>	
- Ausência de citação. Inexistência da lide. Invalidação do processo, a partir da inicial, exclusive (2 ^a Câm. Cív.)	124

ÍNDICE NUMÉRICO

08/85	Ação rescisória da Capital	62
61/88	Agravo de instrumento de Itabuna	94
286/88	Agravo de instrumento de Itabuna	89
01/89	Agravo de instrumento da Capital	196
112/89	Agravo de instrumento de Ilhéus	70
71/90	Agravo de instrumento da Capital	98
243/90	Agravo de instrumento de Eunápolis	100
350/90	Agravo de instrumento de Vitória da Conquista	133
13/91	Agravo de instrumento da Capital	145
324/86	Apelação cível de Governador Balbino	66
341/87	Apelação cível de Maracás	125
504/87	Apelação cível de Camaçari	72
817/88	Apelação cível de Riachão do Jacuípe	82
879/88	Apelação cível de Brejões	105
998/88	Apelação cível de Caetité	76
77/89	Apelação cível de Valente	91
98/89	Apelação cível de Itamaraju	74
347/89	Apelação cível de Macarani	98
365/89	Apelação cível da Capital	127
530/89	Apelação cível da Capital	93
585/89	Apelação cível da Capital	118
977/89	Apelação cível da Capital	131
1.016/89	Apelação cível de Ipirá	86
1.161/89	Apelação cível de Valença	126
67/90	Apelação cível da Capital	142
389/90	Apelação cível da Capital	122
397/90	Apelação cível da Capital	78
445/90	Apelação cível de Morro do Chapéu	88
452/90	Apelação cível de Itamaraju	146
502/90	Apelação cível de Jequié	144
667/90	Apelação cível da Capital	148
674/90	Apelação cível de Buerarema	110
703/90	Apelação cível da Capital	107
730/90	Apelação cível da Capital	115
733/90	Apelação cível da Capital	101
796/90	Apelação cível da Capital	79
820/90	Apelação cível de Feira de Santana	137
886/90	Apelação cível de Catu	117
990/90	Apelação cível de Ilhéus	83
1.068/90	Apelação cível da Capital	103
1.402/90	Apelação cível da Capital	85

1.795/90	Apelação cível de Porto Seguro	120
11/91	Apelação cível de Santo Antônio de Jesus	139
75/91	Apelação cível da Capital	141
293/91	Apelação cível de Juazeiro	112
359/91	Apelação cível de Valença	149
365/91	Apelação cível da Capital	140
240/84	Apelação criminal da Capital	175
96/85	Apelação criminal de Remanso	158
125/86	Apelação criminal da Capital	188
206/86	Apelação criminal da Capital	193
250/87	Apelação criminal da Capital	179
77/88	Apelação criminal de Ibicaraí	182
84/88	Apelação criminal da Capital	185
140/88	Apelação criminal de Itamaraju	180
29/89	Apelação criminal de Ribeira do Pombal	186
46/89	Apelação criminal de Itabuna	164
128/89	Apelação criminal da Capital	156
170/89	Apelação criminal de Juazeiro	178
172/89	Apelação criminal da Capital	174
179/89	Apelação criminal da Cruz das Almas	191
202/89	Apelação criminal de Ilhéus	196
36/90	Apelação criminal de Vitória da Conquista	168
66/90	Apelação criminal da Capital	171
76/90	Apelação criminal de Catu	161
102/90	Apelação criminal de Camacá	167
115/90	Apelação criminal de Camacá	172
366/88	<i>Habeas-corpus</i> de Itanhém	163
175/89	<i>Habeas-corpus</i> de Poções	197
340/89	<i>Habeas-corpus</i> de Ubatã	165
461/89	<i>Habeas-corpus</i> de Camaçari	191
83/90	<i>Habeas-corpus</i> de Gandu	189
402/90	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	162
458/90	<i>Habeas-corpus</i> de Curaçá	155
01/90	Mandado de injunção da Capital	57
92/88	Mandado de segurança de Riachão do Jacuípe	80
02/89	Mandado de segurança de Feira de Santana	151
84/89	Mandado de segurança da Capital	61
519/89	Mandado de segurança de Coaraci	65
28/90	Mandado de segurança de Itacaré	135
40/90	Mandado de segurança da Capital	57
78/90	Mandado de segurança de Cruz das Almas	129
269/90	Mandado de segurança de Belmonte	124
420/90	Mandado de segurança de Jequié	113
77/89	Recurso criminal de Cruz das Almas	153
82/89	Recurso criminal da Capital	169
05/89	Revisão criminal de Senhor do Bomfim	152