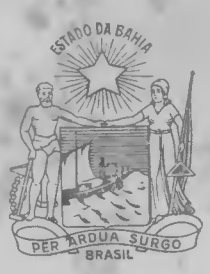
REVISTA JURÍDICA

ANO I, V.2

[1962]



REVISTA JURÍDICA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fundada em 1961

Direção e Redação:

Des. Adalicio C. Nogueira — Presidente

Des. Renato Mesquita

Des. Santos Cruz

Administração: FORUM RUY BARBOSA — Pç. Pedro II

ANO I **JANEIRO A MARÇO** **VOL. 2**

SUMÁRIO

DOUTRINA

CONSULTAS E PARECERES

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SENTENÇAS

MINISTÉRIO PÚBLICO — PARECERES

DOUTRINA

Apontamentos para uma Teorização de Prática Judicial

Des. Renato Mesquita

A muitos passará despercebido, até mesmo a pessoas que militam nos pretórios, que a vida jurídica desenvolve-se espontâneamente, muito antes e muito mais do que nos tribunais

Basta recordar que o Direito, como realidade cultural, vale dizer humana, vida humana objetivada, na expressão de Recasens Siches, leva consigo a tendência a realizar-se Está, por conseguinte, em fluxo permanente.

Mas, é nas côrtes judiciárias que êsse entendimento societário, alcançado pelo homem em suas múltiplas e complexas relações com os seus semelhantes, aparece aos olhos de todos senão mais vivo, porque já ferido ou ignorado, certamente com maior fôrça de evidência e de necessidade, porque ali se busca obter a restauração da sua eficácia, no mais alto grau de positividade.

Como instituições originadas do próprio ordenamento jurídico, são os tribunais a arena onde se desenrolam os conflitos, as disputas, os dissídios a que o Direito, como expressão histórica do ideal da justiça, procura solucionar, a bem da ordem, da segurança e da paz social, sem o que a dignidade da pessoa humana não florescerá.

A verdade é que aos que recorrem aos tribunais interessa primordialmente o direito judicial, aquêle que se revela e se constrói nos tribunais, através as sentenças que os juízes proferem na decisão dos casos que lhes são submetidos. Ali é que se reconhece, afirma e proclama o direito negado, violado ou desconhecido.

Detenhamo-nos um pouco na análise dessa prática judiciária, sem qualquer intuito deontológico, antes considerando-a elemento da experiência jurídica e visando assim desvendar um pouco do segrêdo, que nada tem de misterioso, do conhecimento jurídico e do seu objeto, que outro não é senão o Direito, de que o magistrado é o oráculo vivo e vivificador.

Através do seu verbo, que não chega a ser um fiat, é que, surgido o caso, êle passa do campo das meras possibilidades lógicas, para o das realidades humanas.

Pode-se afirmar, sem exagêro, que a sentença judicial, como conhecimento do caso, é o problema para o qual converge, em última análise, tôda a ciência jurídica.

Afinal, a maioria dos homens que estudam o direito o fazem para resolver casos com pleno conhecimento.

O momento da aplicação da norma, da concreção do nexo normativo, é, como salienta Miguel Reale, o momento culminante da vida e da ciência do Direito.

Cientista do direito não o é, portanto, sòmente o tratadista, o teórico; são-no igualmente o juiz e o advogado, na plenitude das suas funções, que se não poderão reduzir, jamais, sob pena de se aviltarem, a de meros técnicos ou práticos das atividades forenses.

Em tôrno da função judicial gira todo o conhecimento científico do Direito.

Ainda mais, e isto é de suma relevância, o juiz é o cânon, o protótipo do sujeito cognoscente na ciência jurídica: — para se conhecer o direito é preciso colocar-se na posição ou na perspectiva do juiz.

Afirmação que se comprova ao verificar-se que é êle quem recria o sentido dos casos.

Sabemos que a valoração é imanente à vida do direito, em qualquer das suas figuras concretas. Negá-la ou dela prescindir seria desnaturalizá-lo. Ela é o sentido do próprio direito.

Ora, é neste momento da valoração jurídica que o juiz se torna órgão do direito, mediante processo cognoscitivo específico, a que nos referiremos adiante e que não é diverso, advirtamos, do que utilizam os outros formuladores do direito.

Isto significa que o mundo valorativo pessoal do juiz é um dado inescusável para a ciência do Direito.

É neste sentido, que nada tem de místico, que êle se apresenta ao ordenamento jurídico como a Justiça Viva, no conceito aristotélico.

Foi essa verificação de que o juiz recria o sentido dos casos no momento em que aplica à sua compreensão a lei, ou melhor, quando se utiliza da norma para conceituá-lo — o que sòmente ser-lhe-á possível vivendo-os compartilhando-os, integrando-os com o pensamento normativo, é a peculiaridade dessa vivência a que todo homem pode aceder, que levou a filosofia a proclamar que o conhecimento jurídico participa indubitàvelmente daquela especificidade inerente ao saber que tem por objeto a

cultura, em qualquer das suas modalidades e que consiste em ser um conhecimento de protagonista e não de mero espectador.

Para disto nos certificarmos bastará a consideração do agir típico do juiz, do ato pelo qual êle integra o conhecimento do caso no conhecimento do direito, a sentença, está-se a ver.

Não iremos proceder à análise da sua estrutura ôntica, como fato da experiência jurídica.

Tenhamos, contudo, presente que, sendo ela o instrumento por excelência da sua individualização, participa da tridimensionalidade inerente ao ser do direito, tal como o vem focalizando e esclarecendo o moderno pensamento jus-filosófico, em cujo testemunho, pelo muito que lhe deve esta dissertação, invocarei apenas o nome de dois mestres sul-americanos da moderna geração — o brasileiro Miguel Reale e o argentino Carlos Cossio.

Fato, norma e valor — tais são os elementos integrantes da essência do direito, como objeto do nosso conhecimento e da sua existência, como objetivação histórico-cultural.

A sentença, pois, como espécie do mesmo gênero, encerra, concretamente, uma estrutura lógica, **a priori** representada pela norma positiva elementos de conteúdo empírico determinantes das circunstâncias do caso, assim as imputadas na lei, como as genéricas e as especiais, e a valoração judicial, que tanto se dirige à norma, como à conduta normada.

Nesta simples esquematização estar-se-á vendo como o terceiro elemento é o fundamental, porque o decisivo, por onde nos é permitido aferir a tremenda soma de poderes que o juiz tem, ontològicamente, digamos assim, porque irrecusáveis sem que os receba ou tenha usurpado de ninguém.

Poder-se-ía objetar que estamos admitindo uma ameaça à segurança social, valor positivo de ordenamento jurídico.

Mas não se trata disto. O juiz da concepção do direito livre ou da livre investigação, compreensível reação ao formalismo estéril do racionalismo exacerbado, não pertence à história.

O problema está em verificar como funciona a valoração judicial em relação aos outros dois elementos integrantes da sentença.

Consideremos, em primeiro lugar, a lei, ou melhor dito, a norma de direito positivo.

Defrontamo-nos aqui com o intrincado problema da interpretação judicial, que nos transporta do terreno onde nos encontramos, da ontologia da sentença (o seu modo de ser), para o da gnoseologia do direito (como conhecê-lo).

Assim poder-se-á formular a questão: "Sendo a sentença o que é, qual o conhecimento que o juiz procura obter e como alcançá-lo?"

É neste particular que a contribuição do Prof. Cossio se me afigura verdadeiramente inovadora, senão mesmo revolucionária, constituindo um progresso real tanto na colocação, como na solução do problema formulado.

Mostra-nos o ilustre filósofo platino como tôdas as teorias interpretativas do direito pecaram pela base, por não haverem prèviamente esclarecido bem o que fôsse interpretação da lei.

Partiu, aliás, o fundador da escola egológica, da obra do grande mestre vienense, Hans Kelsen, o primeiro a formular temàticamente a questão, com o indispensável rigor lógico. O preclaro argentino tomou a si a ousada tarefa de desenvolvê-la e completá-la em mais de um ponto que lhe pareceu deficiente ou vulnerável.

Kelsen pôs em relêvo, desvendando-os, os pressupostos gnoseológicos dos vários pontos de vista ou ângulos de direção correspondentes aos diversos métodos até então propugnados, erigindo sob novas bases a lógica jurídica científica.

Não haverá lugar, nem tempo para se exporem aqui essas várias concepções interpretativas.

O que se deseja pôr em destaque, agora, é, sobretudo, a conclusão a que chega Cossio de que essa indagação sôbre a verdadeira interpretação da lei é um dêsses muitos falsos problemas que têm atormentado o pensamento jurídico, porquanto, levando-se em conta a experiência jurídica e a função mesma do ordenamento jurídico, fàcilmente se comprovará que a interpretação da lei, vale dizer, o seu verdadeiro conhecimento e exata aplicação, nunca é (nem foi, nem será) uma mera questão de método, como o supuseram os teóricos do Direito no século XIX e ainda hoje é dominante nos círculos jurídicos.

De há muito, porém, e de outras esferas do pensamento crítico, surgiram objeções e advertências que obrigaram, afinal, os juristas a reverem a sua posição e a melhor se armarem para as suas tarefas, convencendo-os de que "a vida do direito não é guiada pela lógica, mas pela experiência do convívio social", na expressão de Arnold.

Basta recordarmos as decisivas contribuições de Geny, Cruet, Leroy, Ehrlich, Horvarth, Geiger, Holmes, Cardozo, Pound, Hewellin, Frank e tantos outros, todos a nos demonstrarem que se deverá fugir do esfôrço inútil de encontrar o caminho, a técnica ou o instrumento que leva o jurista a um resultado seguro e incontroverso.

Nada disto será bastante para emprestar a uma sentença **fôrça de convicção**, porquanto até o senso vulgar sabe que além da **verdadeira** (o que só relativamente tem sentido), dela se exige que seja, antes do mais, **justa**. (Ficam excluídas desta análise as figuras patológicas ocorrentes).

Onde reside, afinal, aquela fôrça de convicção?

O aforisma universal invocado por Cossio, traduzindo sabedoria imemorial, cujo ensinamento a ciência do homem não pode desprezar, contém a chave do enígma: — "O juiz para sentenciar **corretamente** decidirá de acôrdo com a sua consciência e a sua ciência". Eis aí um dado experimental.

Sòmente pela conjugação dessas duas operações heterogêneas (de ordem predominantemente emocional uma, racional a outra) estará êle em condições de conhecer e pronunciar o direito, fazendo justiça, com a verdade.

A insuficiência de todos os métodos propostos até hoje decorre da ignorância, intencional ou não, dêsse dado insuprível e inarredável, da consciência do juiz, para, em seu lugar, colocar-se uma receita qualquer de maior ou menor consistência lógico-formal.

Proeza essa, comenta Cossio, sòmente realizável naquele mundo de idéias jurídicas em que o juiz é mero espectador, estranho, e o direito se confunde com a lei. Na vida real, a vida vivida pelo juiz e pelos seus jurisdicionados, nenhum ato judicial, do mais simples despacho à decisão da mais complexa questão, poderá escapar àquela bi-polaridade, sob pena de negar-se o juiz a si mesmo, transformando-se em um fantasma ou num monstro que, para tranquilidade do homem, só muito raramente terá possibilidade de concretização histórica, ainda assim imperfeita.

Como se está a ver é a complexidade mesma do julgamento judicial, a heterogeneidade

dos elementos que o pressupõem, inclusive a natureza do direito e da norma, melhor conhecida em suas estruturas ontológicas, — tudo isto é que nos obriga a reconhecer a insolubilidade do problema gnóseo-axiológico da sentença, sob o ângulo exclusivo da lógica, muito menos da lógica da Razão apenas, lógica do ser e da causalidade, nem mesmo coadjuvada pela lógica transcendental e completada pela lógica normativa do dever ser, a lógica da imputabilidade.

Mas ao tempo em que a teoria egológica em que me estou firmando proclama a insuficiência de todos os métodos interpretativos, admite a sua complementaridade, sem com isto forçar qualquer novo ecletismo, mas através uma revisão crítica dos seus pressupostos, em contato direto com a experiência judicial.

A tarefa do intérprete, conforme se poderá verificar analisando casos concretos (e assim procede com abundância de exemplificação a escola egológica) não se poderá jamais cumprir no plano conceitual das normas, porquanto não se trata de chegar a uma solução que seja apenas não-contraditória, por estar dentro das possibilidades legais, mas que além disto e acima de tudo, seja justa, realizando positivamente, no tempo e no espaço, os valores jurídicos.

Daí por que a ciência jurídica moderna proclama tanto a insuficiência da lógica formal, como a das indagações empíricas, de cunho psicológico e histórico em que depositara demasiada confiança o positivismo, em sua oportuna reação ao racionalismo abstrato.

A pedra de toque continuará sendo, necessàriamente, a intuição axiológica emocional do intérprete, o que, entretanto, já o veremos, não lhe retira o caráter de objetividade indispensável à sua formulação científica no grau em que isto é possível, relativamente ao conhecimento de qualquer objeto cultural.

Nas ciências dêste tipo, o objetivo confunde-se com o inter-subjetivo noético. A objetividade funda-se no fato gnoseológico de que o ponto de vista ou perspectiva da qual se contempla algo está constituído pela possibilidade de que isto assim seja tanto para mim, como para os outros, para todos gerando a possibilidade de acôrdo sôbre o ser dêsse algo.

Surge-nos pela frente outra questão filosófica de fundamental importância, cujo tratamento não comporta aqui.

Quero referir-me aos ensinamentos de Husserl sôbre a natureza dessa objetividade inter-subjetiva, obtida através da reflexão crítico-transcendental.

O ponto de vista inter-subjetivo é a garantia da objetividade do conhecimento, quando o seu objeto é a cultura. Nisto consiste, em grande parte, o fenômeno da compreensão, em que não o **eu**, mas o **nós** é o sujeito cognoscente daquele mundo.

Esta a razão porque na objetividade da valoração jurídica (como de tôda valoração, em geral) entra em dose ponderável o fator coletivo — Sociedade e Cultura que, nos dias atuais, a própria ciência não mais configura como **coisa** (Durkheim), senão como estruturas plurais e polivalentes, móveis e evolutivas, pluridimensionais e interdependentes, tencionais e não extensivas, — realidade humana, em suma, oscilando sempre entre dois polos: o da natureza, como necessidade e o do espírito, como liberdade (Gurvitch).

Ora, o sentido que o juiz atribui ao caso, numa sentença, será em grande parte a atualização ou especificação de um sentido vigente na comunidade.

O existir do juiz, como o de todos nós, é um co-existir. A sua vivência, uma convivência.

Jamais êle se encontrará desamparado no mundo de perplexidades de sua pura subjetividade.

Aí estão, para socorrê-lo, em sua função objetivadora, as fontes jurídicas, onde o intérprete vai haurir os conceitos configurativos do caso. Valer-lhe-ão os princípios normativos, a começar da lei, de cuja confrontação com as circunstâncias do caso nascerá a sua eficácia.

Os atos de compreensão que o jurista exercita nunca são livremente emocionais.

Nas fontes, buscará êle elementos conceituais indispensáveis à determinação de sentidos objetivos, pela sua função mesma de generalização compreensiva.

A tôdas elas recorrerá o juiz, em busca do seu entendimento. Cada uma delas proporcionar-lhe-á uma contribuição específica.

Tais fontes não sòmente proporcionam, como demonstram a existência e a vigência de sentidos genéricos, aos quais o intérprete subordinará o caso, procurando, sempre, mostrar a **espécie** como integrada num gênero.

E os atos dessa compreensão jurídica jamais se poderão fazer sob pena de perder a sua juridicidade, à margem do que exprimem as normas vigentes — lei, costume ou quaisquer outras, o que implica, como se vê, um certo condicionamento conceitual, em função do tempo e do lugar. Êsse o voluntarismo estruturado assinalado por Kelsen.

Mas, continuando o nosso **leit-motiv**, ainda aqui se repete: o juiz é quem valora, assim a lei como o caso, havendo sempre, em toda decisão judicial, uma preliminar implícita: a decisão sôbre qual a norma aplicável ao caso.

É claro que o juiz não elege essa regra jurídica senão depois de ponderar as circunstâncias do caso, quer as imputadas na lei e que lhe serve, inicialmente, de hipótese cognoscitiva, quer as genéricas e as especiais, das quais a sua consciência (intuição afetiva) e a sua ciência(experiência profissional) erigirão aquela que lhe servirá de **chave** ou de meridiano para a compreensão do conjunto e a solução da lide.

O problema da **verdade jurídica** consiste assim, primordialmente, em fixar-se a melhor perspectiva sob que enfocar o caso, dentro de certas exigências gnoseo-axiológicas.

A lei, digo a norma positiva, é indispensável e insubstituível como marco de referência, como antecipada afirmação da compreensão da realidade social de que o direito é um dos componentes e da vontade coletiva de que o juiz é um dos intérpretes categorizados.

"Não resta dúvida", adverte-nos Reale, "de que o primeiro dever moral do juiz é cumprir a lei (é êste, muitas vêzes, como diz Calamandrei, o **santo martírio** do jurista!) mas, consoante oportuno reparo de Capograssi, é também seu dever a reconduzir a lei singular à inteira razão objetiva, que se exprime e se concretiza na experiência jurídica em todo o ordenamento do mundo do direito, em todos os princípios que o sustêm... Essa a moralidade verdadeira do juiz"...

Mais um problema patético que a filosofia e a ciência são chamados a elucidar: — o de como e porque o juiz se sente obrigado pela lei.

Nada explica o verbalismo metafórico que alude à santidade, ao poder e a outras fôrças misteriosas e míticas do Direito.

Ainda que me sentisse tentado a tocar, de passagem, nesta magna questão relativa às verdades que condicionam à aplicação da lei em forma apodíctica — o princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico e o da

norma de habilitação — limitar-me-ei aqui a mencioná-los.

Já no fim do século passado Raymond Salleiles punha em destaque as exigências integrativas da ciência do direito, o mesmo fazendo quanto à função positiva do intérprete, na qual reconheceu certa fôrça recriadora, capaz de injetar novo conteúdo social e ético no âmago dos preceitos legais.

François Geny revelar-nos-ia depois o **dado** e o construído, na vida do Direito.

Antes ocorrera em seus quadros a irrupção dos elementos fáticos, ao impulso do historicismo, depois enfatizado pelo sociologismo.

Segue-se-lhe a dos elementos axiológicos, inspirada, parcialmente, no renascimento jusnaturalístico e corroborado pelas ciências da cultura, já agora tentando desvencilhar-se das peias do positivismo naturalista e reorientadas pela nova síntese filosófica que as correntes néocriticistas, idealistas, fenomenológicas e existencialistas, sem esquecer o forte surto do humanismo integral cristão e o do próprio materialismo dialético, tornaram possível e urgente e cujas picadas, no sentido de renovação das ciências jurídicas, foram abertas por Dilthey, Scheller, Husserl, Heidegger, Bergson e tantos outros.

Já nos temos referido aos esforços mais diretos por esta reintegração e que o criador mesmo da moderna lógica jurídica traz, com a sua **General Theory**, no testemunho de Reale, significativa contribuição, deixando de considerar a regra jurídica como simples conceito lógico de caráter hipotético ou mero esquema de interpretação da experiência social possível, para atribuir-lhe tarefa mais funcional na compreensão da conduta humana.

É êsse propósito de concreção que tem em vista o Prof. Carlos Cossio quando insiste em focalizar aquilo a que a lei se refere, que é por ela mantido, e que outra coisa não é, nem podia deixar de ser, senão "a conduta humana em sua interferência inter-subjetiva" em que consiste a essência do próprio direito, na luminosa lição de Giorgio Del Vecchio.

Mesmo que se não aceite, como acontece a Reale, a posição egológica de considerar a conduta em si como o objeto da ciência do direito, ter-se-á de concordar, como o faz o filósofo paulista, quanto à importância que assume a compreensão da situação normada para o entendimento da própria norma, porquanto, pondera Reale, as régras de direito não se destacam da realidade jurídica, "como quem arrancasse os olhos para ver os olhos".

As normas são, afinal, momentos integrantes, sintetizadores, do processo dialético do direito, que é sempre fato ou conduta enquanto valorado, norma e situação normada.

Ora, a grande descoberta ou revelação de Cossio partindo da análise da **prática judicial** (donde a sua riqueza de sugestões) é de que "não se interpretam leis (ou quaisquer normas jurídicas positivas), mas sim a conduta humana, mediante a lei".

E interpretar a conduta humana é conhecê-la em seu significado, o qual terá o juiz que recriar em sua vivência (nisto está a essência do processo de compreensão). Ali está a efetiva e eficaz participação do juiz na vida do direito, como fator da sua existência e positividade.

E precisamente nessa operação, de evidente complexidade e que sòmente poder-se-á praticar percorrendo-se as múltiplas vias de acesso indicadas, empírico-dialèticamente, é aí que se evidencia a atuação conjunta e inseparável da ciência e da consciência do juiz, de modo que o seu pronunciamento, a sua **decisão** jamais tenha a eiva de **arbitrariedade**, que o ordenamento jurídico repele.

O que, porém, nos atestará quanto à objetividade de uma sentença, vale dizer, da sua verdade e da sua justiça?

Longa, vivaz e documentada é a análise a êsse respeito desenvolvida na literatura egológica a que nos estamos apoiando e na qual se nos demonstra que o **nó da questão** investigada, ou seja a fôrça de convicção, o poder constrictivo de uma sentença, em têrmos gnoseo-axiológicos, sempre, não nos esqueçamos, — tanto para o juiz que a profere, como para o jurista, em geral reside na concordância, ou melhor na harmonia que chegue a se estabelecer no ato decisório entre a ciência e a consciência do julgador.

Êsse por seu turno, encontrará, necessàriamente, naquilo que a fenomenologia jurídica denomina de **vivência da contradição** o limite último e intransponível tanto pela sua consciência, como pela sua ciência, — a contradição do homem racional, que todos somos, embora esta não seja a única característica do nosso comportamento (recorde-se a concepção pascaliana a seu respeito), a contradição do homem racional consigo mesmo, vivida pelo juiz quando confere oficialmente à conduta que julga um sentido que não é o que resulta do conhecimento que os conceitos normativos lhe proporcionam, relativamente ao substrato a que se aplicam.

É quando o juiz elide aquela vivência contraditória que o seu verbo vivifica o direito e impõe-se como norma individual válida e eficaz.

Isto é que é proceder em consciência e com ciência.

A verdade jurídica de uma sentença é a sua justiça. E a sua neutralidade é fazer justiça.

Dir-se-á que continua em tela de juízo a objetividade dêsse procedimento.

Novamente recordamos que a consciência real do juiz, ou seja o modo concreto e histórico como êle apreende e entende os valôres jurídicos, nada tem de arbitrário.

Estamos muito distanciados daquela posição romântica, a que fizemos ligeira alusão, assumida pela chamada **escola do direito livre**.

Antes postulamos a objetividade daquela opção que vitaliza e concretiza a sentença.

Se o juiz deve julgar sempre, na conformidade do princípio da lógica formal jurídica que a Constituição e a Lei consagram, êle jamais deve ser arbitrário (e não conseguiria sê-lo, se quisesse), para o que terá à sua disposição, como vimos mostrando, os meios adequados.

Foi Stammler o primeiro filósofo moderno na seara do Direito, para cuja renovação êle tanto contribuiu, foi êle quem primeiro assinalou claramente a contradição entre direito e arbitrariedade judicial, conquanto reduzindo esta ao caso da ilegalidade da sentença, que seria o êrro jurídico por excelência, quando é certo, adverte-nos Cossio, que a arbitrariedade também poderá decorrer de que o juiz faça, na apreciação do caso, imputações desvaliosas, positiva ou negativamente em desacôrdo com o plexo jusvalorativo vigente nos quadros histórico-culturais a que pertence.

É fora de dúvida, porém, que a arbitrariedade, por ilegalidade, representa a forma extrema da vivência da contradição, a cuja fôrça controladora já nos referimos.

Ainda nesta ordem de considerações poderíamos apontar como critério de objetividade da valoração judicial aquêle sugerido pela jurisprudência sociológica norte-americana, e que consiste em verificar seus efeitos ou resultados.

Outro não menos prestante encontrará o juiz na jurisprudência, na qual, vivendo por assim dizer no tempo historicista e fundado no valor de ordem, procurará insertar as suas decisões.

Realizando, também neste tema, percuciente análise, Cossio nos mostra como nela, pelo seu inegável poder regulador, mesmo no sistema continental encontrará o juiz o elemento por antonomásia apto a objetivar a sua valoração.

Está-se a ver como o desenvolvimento de todos êsses assuntos levar-nos-ía longe demais, se é que já não ultrapassei as raias da tolerância.

Como sua conclusão, à guisa de ponto final dessa meditação, fica-nos a convicção de que, quem quer que seja chamado a julgar o que quer que seja, seguirá necessàriamente as sendas que a ciência, confirmando o senso comum, neste particular, nos está apontando para a obtenção daquela síntese vital, que o jôgo de todos os elementos e fatôres componentes do caso lhe proporcionam.

Tudo isto nos convencerá de que uma autêntica sentença judicial nunca é um silogismo, embora lhe possa , e até deva, muitas vêzes, assumir-lhe as vestes, no comentário de Reale, que acrescenta:

"Toda a sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de valôres, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interêsses em conflito".

Êsses toscos apontamento da minha Cartilha de aprendiz não terão sido de todo inúteis, se tiverem o condão de provocar nos juízes e advogados a que se dirigem novas reflexões sôbre a comum tarefa que lhes confia a sociedade.

Invenções do Empregado no Direito Brasileiro

Prof. José Martins Catharino

SUMÁRIO 1 — Texto da Consolidação das Leis do Trabalho. 2 — Notas históricas e legislativas. 3 — Concorrência desleal e concorrência interdita. 4 — Conceito de invenção privilegiável e suas espécies. 5 — Direito de propriedade do empregado-inventor. O problema em função do contrato de emprêgo no direito comparado. 6 — Co-propriedade entre empregado e empregador e a exploração do invento. 7 — A questão da competência judicial.

1 — "Art. 454 — Na vigência do contrato de trabalho, as invenções do empregado, quando decorrentes de sua contribuição pessoal e da instalação ou equipamento fornecidos pelo empregador, serão propriedade comum, em partes iguais, salvo se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explícitamente, pesquisa científica (ns. 1 a 6).

Parágrafo único — Ao empregador caberá a exploração do invento, ficando obrigado a promovê-la no prazo de um ano da data da concessão da patente, sob pena de reverter em favor do empregado a plena propriedade dêsse invento" (n. 7).

2 — Com a autonomia do Direito do Trabalho, desligou-se êle do Direito Industrial, mas, de referência às invenções dos empregados, entre ambos existe uma ligação indisfarçável, permanente e indissolúvel.

As raízes históricas da evolução legislativa sôbre as invenções remontam ao Alvará, de 28/1/1809, do então Príncipe Regente. Antes, o de 1/4/1808, revogara o Alvará de 5/1/1785, contrário às indústrias brasileiras, conhecido como "Alvará de D. Maria I".

A Constituição de 1824 concedia aos inventores a propriedade das suas descobertas, ou das suas produções (art. 179, 26.º). A Constituição de 1891 dispunha que os inventos industriais pertencerão aos seus autores, os quais tinham um privilégio temporário, ou receberiam um prêmio razoável concedido pelo Congresso, havendo conveniência de vulgarização do invento (art. 72, 25.º). Semelhante dispositivo continha a Constituição de 1934 (art. 113, 18.º). A Carta de 1937, expressamente, nada dispôs a respeito (ver art. 123). A Constituição atual retomou o critério de colocar a propriedade dos inventos entre os direitos e garantias individuais, restaurando a tradição instalada pela Constituição de 1891: o invento pertence ao seu autor, ao qual a lei deve garantir "privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio" (art. 141, 17.º; ver arts. 148 e 203). Bem nítidos, portanto, o direito do inventor, substancialmente idêntico ao autoral, o privilégio para a exploração do invento, e a sua desapropriação.

A legislação ordinária sôbre inventos iniciou-se com a Lei de 28/8/1830, esclarecida pelo Decreto n.º 2712, de 22/12/1860. Depois, tivemos a Lei n.º 3219, de 14/10/1882, regulamentada com o Decreto n. 8820, de 30/10/1882, substancialmente mantido pelo Decreto n.º 16264, de 19/12/1923. Grande influência teve a Convenção de Paris, de 20/3/1883, aprovada pelo Decreto n.º 9233, de 28/3/1884, e a de Madrid, de abril de 1891, aprovada pelo Decreto n.º 2380, de 20/11/1896. O Decreto 3084 de 5/11/1898 regulou o processo judicial sôbre invenções. O Decreto 16264, de 19/12/1923, alterado pelo de n.º 22990, de 26/7/933, dispôs sôbre a Diretoria Geral da Propriedade Industrial (art. 32). O Decreto n. 22989, de 26/7/933, que criou o Departamento Nacional da Propriedade Industrial. O de n. 24670, de 11/7/934, regulou as atribuições do Conselho de Recursos da Propriedade Industrial. Sobreveio, finalmente, o Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-lei n. 7903, de 27/8/945, alterado pelo de n. 8481, de 27/12/945, sem esquecer o Decreto-lei n. 8935, de 26/1/946, que criou um recurso extraordinário para o M.T.I.C. (ver: ANTERO SANTOS e ROBERTO VETTER, **"Propriedade Industrial no Brasil"**, Rio, 2.ª ed., 1955).

Vigente a Constituição de 1946, tivemos a Lei n.º 2556, de 6/8/955, isentando de tributos e concedendo outras facilidades aos inventores **"hiposuficientes"** (CESARINO JÚNIOR), principalmente "operários e trabalhadores". Essa lei veio a ter sua regulamentação aprovada pelo Decreto n.º 39373, de 13/7/956. Tais diplomas legais guardam harmonia com o artigo 203 da Constituição Federal, que isenta de qualquer impôsto os direitos de autor.

3 — O Código da Propriedade Industrial (C.P.I.), posterior à Consolidação, não alterou o presente artigo (ver, principalmente, seus artigos 3.º, a, 6.º a 9.º, 43, e 65 , êste idêntico ao artigo ora comentado).

A disciplina das invenções faz parte da regulamentação restritiva da concorrência **interdita** e **desleal** entre produtores, que tem duas faces distintas: os **direitos** dos concorrentes entre si, e os **deveres** respectivos.

A **interdita**, compreende a **ilegal** — quando houver violação das regras legais sôbre a propriedade industrial, e a **contratual** — relativa à cláusula de não-concorrência, tácita ou não (com. ao art. 482, letra c). A **desleal** refere-se, apenas, ao exercício irregular da concorrência, de natureza moral, mas com repercussões econômicas, e pressupõe dolo e má fé.

Isto pôsto, a **interdita** é formalmente vedada. Quem a fizer está agindo sem direito. A **desleal**, não. Quem a pratica, tem o direito, mas concorre abusando do seu direito, desvia-o do seu fim (**"détournement de la clientèle"**, **"unfair competition"**).

Razão teve ROUBIER em construir a teoria geral de propriedade industrial tomando por base a concorrência, na sua magnífica obra **"Le Droit de la Propriété Industrielle"**, 1952-1954, Paris, 2 vols. A nossa Constituição, por exemplo, procura evitar até a "concorrência imperfeita" sendo verdadeiro o axioma de que a concorrência pode matar a própria concorrência, razão porque o liberalismo não prescinde de sua regulamentação, nem o regime soviético procura eliminá-la por inteiro, por reconhecer sua fôrça emulativa em favor do aumento de produção.

4 — Para melhor compreensão do texto, fixemos alguns aspectos jurídicos da invenção

(no Brasil a bibliografia sôbre a propriedade industrial é muito escassa: ALMEIDA NOGUEIRA e FISCHER JÚNIOR, "**Tratado teórico e prático de marcas industriais e nome comercial**", S.P., 1910, 2 tomos; J. RIBEIRO, "**Das marcas de fábricas e de comércio**", Rio, 1923; COSTA RODRIGUES, "**Concorrência desleal**", 1945, Rio; e o excelente "**Tratado da Propriedade Industrial**", de JOÃO DA GAMA CERQUEIRA, do qual conhecemos o vol. 1.º (1946), e o tomo I do vol. 2.º (1952), ed. da "Revista Forense", Rio; sem contar a compilação legislativa de GUSTAVO ADOLFO BAILLY, prefaciada por IRICEU DE MELLO MACHADO, Rio, 1938).

Seguiremos, fundamentalmente, as lições de GAMA CERQUEIRA. A invenção em si tem um conceito mais técnico do que jurídico, e pode ser entendida em várias acepções: faculdade de inventar, ato de inventar, coisa inventada, e achado ou descoberta (**res nullius** — ver, principalmente, artigo 603 do C.C.). A ocupação é meio de aquisição de propriedade móvel (C.C. arts. 592 e 593), mas, realmente, quem simplesmente **acha**, não **inventa**. O invento pressupõe **criação** de coisa inexistente (ver C.C., arts. 62 e 611 a 614), embora possa haver **descoberta** de coisa ou fenômeno exterior, por exemplo, a lei da gravidade. Dessarte, de acôrdo com GAMA CERQUEIRA (obr. cit., vol. 1º, ps. 229 e seguintes), a **invenção privilegiável**, que interessa ao direito, possui três elementos ontológicos: a **idéia** e o ato **inventivo**, de natureza original porque criador; a **realidade**, ou seja, **exequibilidade** da solução nova encontrada, e a sua **utilidade**, isto é, ser "suscetível de utilização" (C.P.I., arts. 6º e 7º).

No nosso direito, as invenções podem ser: industriais, comerciais e rurais. Protege-se a propriedade das mesmas pela concessão de privilégio de patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, e variedades novas de plantas.

O direito do inventor é substancialmente idêntico ao do autor (C.C., arts. 649 e seguintes, e 650, alterado pela Lei n. 3447, de 23/10/958; ver, ainda, arts. 48, II, 54, e 524, único, e 647; C.P.C., art. 302, X). Há um **direito pessoal** do inventor, de natureza moral (honra da invenção — Erfinderehre), e **outro de propriedade**, este completado pela concessão da patente, que assegura um privilégio temporário, após processo de verificação. No nosso sistema legal, de livre concessão, filiado ao grupo latino, opera-se a privilegiabilidade pela constatação de formalidades legais ou externas, ao contrário do sistema anglo-americano, que exige um exame prévio e intrínseco. A nossa lei, contudo, prevê o apêlo às oposições.

Em ambos os sistemas, a patente, geralmente tida como declaratória, pode ser anulada se a invenção não correspondeu as condições legais (vide C.P.C., arts. 147, 332 a 335). A sentença anulatória opera **ex tunc**, e vale **erga omnes**. Ao contrário da caducidade, que só opera **ex nunc**.

A propriedade do invento, antes da sua resolução, recebe proteção civel e penal.

Deixando de lado o belo e intrincado problema da natureza jurídica do direito do inventor, vejamos agora a situação do invento em função do contrato de emprêgo.

5 — O **direito pessoal** da invenção é sempre do empregado. A honra de ter inventado não é de ninguém mais, de acôrdo com o artigo 68 do C.P.I.

E o **direito de propriedade** correspondente? A questão oferece aspectos delicados, que vêm preocupando os legisladores de muitos países e a C.I.T. (ver o artigo de FREDRIK NEUMEYER, publicado na "R.I.T.", janeiro de 1961, ps. 44 a 78). A posição do Brasil, a respeito, oferece singularidade. A matéria está regulada na Consolidação e no C.P.I., com algum acréscimo por parte deste (arts. 66 a 69). Em alguns países, dada a complexidade da questão, ela foi disciplinada em lei especial (Suécia foi o primeiro, pela Lei n. 345, de 18/6/949, seguida pela Dinamarca (1955) e pela República Federal da Alemanha, em 1957). Sobre a matéria ver o estudo de direito comparado de CRISTIAN ENGLERT — "**L'invention faite par l'employe dans l'entreprise privee**", Basel, 1960.

Ninguém melhor que PAUL ROUBIER cuidou do assunto (obr. cit., vol. 2º, ps. 182 e seguintes), procurando demonstrar a insuficiência da doutrina alemã, entre nós elogiada por EVARISTO DE MORAES FILHO ("**Tratado Elementar...**", vol. 1º, p. 454).

Na França, ao que sabemos, a legislação é omissa, o que não ocorre na Alemanha, e entre outros países.

A lei austríaca bem como a alemã, considera duas categorias fundamentais de invenções: as **de serviço**, e as **livres**, opostas entre si. Os autores germânicos, entretanto, criaram uma terceira: as **invenções de estabelecimento (Betriebserfindungen)**, muito discutidas e que, para ROUBIER, representam uma sensível restrição aos direitos dos empregados (obr. cit., p. 186; também chamadas de "invenciones de explotación" — ERNESTO KROTOSCHIN, "**Instituciones...**", 1947, B.A., p. 323, tomo I).

Essa tricotomia, de certo modo, está consagrada na lei espanhola (ver EUGÊNIO PEREZ BOTIJA, "**El Contrato de Trabajo**", Madrid, 1945, ps. 117 e seguintes), e foi aceita, como tendente a se tornar clássica, por DURAND e VITU, assim: invenções de serviço, **invenções ocasionais**, e invenções livres. Para êles, pertencem a terceira categoria aquelas invenções aplicáveis aos produtos e aos meios de produção compreendidos na atividade da emprêsa, da qual o assalariado é empregado ("**Traite...**, 1950, tomo II, Paris, p. 745), na suposição, acrescentam, que tais inventos são devidos a iniciativa exclusiva do empregado, mas que não estava contratualmente obrigado a exercer atividade inventiva.

Admitidas as três categorias, como determinar-se a quem pertence a invenção?

A solução não pode ser uniforme. Em se tratando de **invenções de serviço** ou **contratuais**, pertencem ao empregador, "se o contrato de trabalho tiver por objeto, implícita ou explicitamente, pesquisa científica", segundo a parte final do caput do artigo. Compreende-se que assim seja, porquanto o empregado fôra contratado para prestar serviços inventivos, sendo o resultado de propriedade do seu empregador (ver arts. 62, 612, 613 e 614 do C.C.). Em tais contratos, pela finalidade do trabalho prestado introduz-se um elemento aleatório unilateral (**idem**, arts. 1118 a 1121).

Se a invenção for **livre**, a solução é oposta: pertence ao empregador-inventor, exclusivamente, porquanto inventar não fôra objeto do contrato de emprêgo.

Finalmente, em relação às **invenções de estabelecimento ou ocasionais**, a resposta não é tão fácil, principalmente quando a lei nada dispuser a respeito. A tendência é considera-

las de propriedade do empregador, atendendo-se a que se fizeram possíveis graças à técnica empresária e ao concurso de vários (assim: projeto alemão de MOLITOR, KROTOSCHIN, obr. e loc. cit., etc.).

Qual a posição assumida por nosso legislador?

Quanto às **invenções de emprêgo**, pertencem ao empregador desde que o contrato tenha por objeto a "pesquisa científica". A exceção aberta pela lei não deixa margem a qualquer dúvida, desde que o invento tenha relação direta com a qualidade do trabalho contratado, e seja realizada quando o empregado estiver cumprindo suas obrigações. Não basta a existência do vínculo, e sim o contrato estar sendo executado.

Podem ser **livres** as invenções realizadas nas horas de lazer, ou quando, por exemplo, o contrato estiver suspenso ou interrompida a prestação de serviços (conf. EDUARDO COSSERMELLI, obr. cit., p. 112). E até **ocasionais** ou **de estabelecimento**, que bem poderemos chamar de **empresárias**.

E as outras? Serão de propriedade comum?

Ao nosso ver, são, desde que haja **"contribuição pessoal" do empregado** e **cooperação do empregador**, concurso da atividade intelectual do empregado e contribuição subjetiva (o empregador pode ser pessoa física) e objetiva — instalação ou equipamento da emprêsa, da parte do outro contratante. Se os dois requisitos não coexistirem, a invenção será de propriedade exclusiva do autor ou autores da invenção. Dessarte, a regra legal sòmente se **aplica às invenções de estabelecimento** ou **ocasionais**, chamadas por COSSERMELLI, impròpriamente, de **"subordinados"** (JAMIL AIQUEL denomina "invenções subordinadas" as contratuais ou de serviço, que preferimos dizer **"de emprêgo"** — trabalho apresentado ao "Instituto de Direito do Trabalho do Rio Grande do Sul", 1958, vol. V. p. 14).

A solução salomônica ou eclética adotada pela lei foi severamente criticada por GAMA CERQUEIRA. Entretanto, sem ser ideal, a fórmula é equitativa, além de ser simples, não casuística, sem esquecer a circunstância de ser favorável ao trabalhador. Havendo o **concurso necessário** entre o empregador (ou empregados) como **simples autor do invento** e o empregador, como **mero empreendedor**, a propriedade comum se nos afigura justa e lógica. Sem haver o concurso de meios, o invento pertencerá por inteiro ao trabalhador, se resultou, exclusivamente, de sua capacidade inventiva (**invenção livre**), ou, caso contrário, a propriedade será, apenas, do empresário. Em suma: ao seu autor (ou autores), pessoa física, que a tenha realizado sem contribuição pessoal ou material de outrem. As dificuldades práticas mais sérias, a serem resolvidas **in concreto**, dizem respeito à indeterminação da autoria e aos casos do contrato de emprêgo com cláusula inventiva simplesmente implícita.

6 — O parágrafo regula a exploração do invento, comum, se promovê-la dentro do prazo decadencial de um ano da data da concessão da patente. Nêste período, o empregado, coproprietário, não poderá usar livremente o invento, mas tem direito à metade dos resultados auferidos com a sua exploração. Tal preferência justifica-se por ser o empregador-capitalista quem melhor está aparelhado para explorar a invenção indivisa, surgida da conjunção dos elementos materiais empresários com a capacidade engenhosa do empregado, autor da invenção.

Se o empregador decai do seu direito preferencial, o condomínio se dissolve em favor do empregado, que passa a ter a plena propriedade da invenção. Pode-se falar, quanto à do primeiro, em propriedade resolúvel (C. C., art. 647).

Se no curso da exploração do invento comum, surgir desentendimento entre os seus proprietários, o empregador poderá requerer em juízo a adjudicação da plena propriedade da patente, mas terá de indenizar o empregado, no valor arbitrado (C.P.I., art. 66). Aqui, a propriedade do empregado-inventor se resolve com a sentença, mas com direito à indenização.

Na hipótese precedente, a plena propriedade reconhecida ao empregado não o obriga a indenizar. A reversão funciona como cláusula penal (ver C.C., arts. 916 e seguintes).

O artigo 67 do C.P.I. contém regra para proteger o empregador, o qual, salvo estipulação em contrário, poderá pretender a adjudicação da plena propriedade da patente, se o ex-empregado, inventor, a houver requerido dentro de um ano a contar de sua saída da emprêsa, e desde que a invenção tenha sido realizada durante "a vigência do contrato de emprêgo".

Trata-se de coibição a abuso de direito no período postcontratual. O ex-empregado, no prazo fixado, tem o direito de requerer a patente para si, mas fica sujeito a perder a sua propriedade, mediante indenização fixada judicialmente. Ao nosso ver, contràriamente ao que pensa GAMA CERQUEIRA (obr. cit., p. 46, n. 17), apenas as regras dos artigos 66 e 67 são supletivas, como resulta bem claro dos respectivos textos. As do artigo 65, que repetiu o artigo 454 da C.L.T., são imperativas, no sentido de ser anulável o acêrto contratual que exclúa a co-propriedade do empregado das **invenções empresárias**, e a sua propriedade plena, quando o empregador deixar caducar a sua preferência para exploração do invento. Em qualquer das hipóteses, justifica-se a indenização em favor do sujeito que realmente inventou, embora com auxílio de meios materiais alheios.

7 — Questão também delicada é a sôbre a competência ou não da Justiça do Trabalho para julgar ações com fundamento no artigo comentado.

Quanto às **invenções de emprêgo**, dúvida não há sôbre a competência da Justiça do Trabalho, como, por exemplo, questão que surja sôbre a interpretação do próprio objeto do contrato de emprêgo. Se há ou não estipulação implícita (ver arts. 442, 443, 456 e 469, 1º) sôbre o trabalho inventivo, dúvida a ser resolvida de acôrdo com o **caput** do artigo, parte final.

Quanto às **livres**, a resposta só pode ser negativa. A competência é da Justiça Comum, obedecidos os preceitos do C.P.I.

A área da dúvida fica, portanto, reduzida aos casos de **invenções de propriedade comum**, seja sôbre a sua configuração, seja sôbre a sua exploração, e que são as **empresárias**.

Tais inventos não decorrem do trabalho do empregado **como tal**, na posição de sujeito do contrato de emprêgo, nem da direção do outro contratante, **na qualidade de empregador**. Trata-se, em verdade, de relação real, de propriedade, entre os **coautores da invenção**, no sentido subjetivo e objetivo adotado na lei. Assim, pensamos ser incompetente a Justiça

do Trabalho, já que o invento não se originou de relação de emprêgo, direta ou indiretamente. O fato da situação esta regulada na Consolidação, não basta, mesmo porque, adequadamente, também está prevista no Código da Propriedade Industrial. Por isto não a incluimos entre as controvérsias impróprias do trabalho (**"Direito Judiciário do Trabalho"**, 1953, Bahia).

Igualmente, de referência à exploração do invento. O parágrafo único do artigo adota as expressões "empregador" e "empregado", de maneira a causar confusão, porque a invenção **não é devida a ambos como tais**, e sim às pessoas físicas, ou físicas e jurídicas, que possibilitaram a sua proprietarização, por meios estranhos à relação de emprêgo, embora próprios do ambiente empresário. A incompetência da Justiça do Trabalho ainda é mais clara quando a controvérsia se instalar com base nos artigos 66, 67 e 69 do C.P.I., o que não ocorre em se tratando do **direito moral** do empregado quanto à invenções de emprêgo (art. 68 do C.P.I.; C.P.C., art. 2º; C.L.T., arts. 8º, único, e 769; C.C., art. 76).

Não esquecer que a lei consigna a expressão **"na vigência do contrato de trabalho"**, que não equivale à sua **execução real no momento da invenção**, quando a relação, decorrente do vínculo consensual, está em plena realização.

Em um caso de **invenção de estabelecimento ou ocasional**, sequer patenteado pelo empregador, o empregado reclamou 50% das vantagens resultantes do invento, e o TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO declarou a incompetência da justiça especializada, sendo que o acórdão teria sido reformado pelo SUPREMO (JAMIL AIQUEL, tr. cit., loc. cit., p. 20, ao aplaudir a última decisão, de acôrdo com COSSERMELLI). Não comungamos de tal entendimento, reafirmando: o direito à propriedade da invenção, na espécie, previsto na lei trabalhista e na industrial, nenhuma ligação direta tinha com o contrato de emprêgo, apenas seu contemporâneo. O simples fato da condição de empregado ter facilitado a invenção com o concurso de meios pertencentes ao empregador, não implica qualquer nexo de causalidade jurídica entre a relação obrigacional de emprêgo e a co-propriedade do invento. Hipótese por tudo distinta daqueloutra em que trabalhar para inventar é obrigação assumida pelo empregado, e a invenção, sua consequência ou acessório, de caráter aleatório, como, aliás, acontece com a obrigação de ensinar nos contratos de emprêgo discente.

Situação semelhante ocorre quando, ao lado do contrato de emprêgo, forma-se outro de locação predial, caso em que o aluguer não pode ser tido como utilidade salarial.

Locke e o Direito Natural *

Prof. Nélson de Sousa Sampaio

Sòmente em nossa época foram reveladas várias obras de juventude de dois grandes filósofos, Marx e Locke. De Marx, de quem já se conheciam alguns trabalhos de mocidade, foram descobertos outros importantes. Os escritos do jovem Locke, depois de passar pelas mãos de vários dos seus parentes, foram adquiridos, em 1947, pela Biblioteca Bodlein, da Universidade de Oxford.

Graças a essa circunstância, nossa época tem o privilégio de conhecer a obra dos dois filósofos de modo menos incompleto do que os seus contemporâneos. Além disso, tais descobertas permitem ampliar, em certos pontos, e retificar, em outros, as informações sôbre a vida de ambos, possibilitando que suas biografias sejam hoje mais amplas do que no passado.

Parte da obra de juventude do filósofo inglês foi enfeixada num volume de 1945, editado sob a direção de W. von Leyden, professor de Filosofia da Universidade de Durham, a quem a Universidade de Oxford encarregou de estudar e selecionar, para publicação, o conjunto dos escritos inéditos de Locke, entre os quais se encontram ensaios, cartas, notas de diários, anotações de estudos e da vida quotidiana, inclusive de suas finanças pessoais.

Êsse volume traz o título de **Essays on the Law of Nature** (1), mas não se limita aos escritos sôbre êsse assunto. Compreende outros trabalhos de menor extensão produzidos no mesmo período de sua vida. Os estudos sôbre o Direito natural, embora de pequena dimensão, ultrapassam os demais escritos dessa fase de Locke não só em tamanho, mas, sobretudo, em importância, segundo o autorizado julgamento de Leyden, contido na preciosa introdução do mesmo livro. Daí o título, dado, aliás, por Leyden, pois Locke não deu nome ao conjunto das **quaestiones** (2) que escreveu sôbre tal assunto. Não se sabe a data exata dos ensaios mas devem ter sido redigidos entre 1660 e 1664. Sabemos, com certeza, que não passaram dêste último ano, uma vez que, no fim do oitavo ensaio, consta a inscrição **Sic cogitavit J. Locke, 1664**. Do mesmo ano é a oração de despedida de Locke do cargo de censor de Filosofia Moral da Christ Church, da Universidade de Oxford, e no qual se contém alusão às aulas que teria proferido sôbre essa disciplina. Os "ensaios" sôbre o Direito natural parecem ter-se destinado às lições ministradas por Locke. Leyden apoia essa suspeita não só na mencionada destinação acadêmica do nono ensaio mas em expressa referência, na Oração de Locke, às suas discussões com os alunos sôbre o tema do Direito natural.

Os ensaios foram escritos em latim. Locke tencionava, sem dúvida, revê-los e verter para o inglês. Ainda em 6 de maio de 1687, James Tyrrell, um amigo de Locke, em carta que lhe dirigiu, quando o filósofo estava na Holanda, escreveu: "...e agora que você terminou êsse Dircurso (o **Essay concerning Human Understanding**), gostaria de saber se você fêz o que intencionava em relação ao Direito natural, que você tantas vêzes prometeu rever" (3). Tanto a publicação como a versão inglêsa tiveram de aguardar até que Leyden se encarregasse de ambas, na citada edição bilingüe (latim e inglês). Até hoje, sòmente podemos conjeturar sôbre as razões por que Locke não realizou o seu plano, uma vez que não dispomos de resposta definitiva para essa pergunta.

A leitura dos **Ensaios sôbre o Direito Natural** e as informações fornecidas por outros de seus escritos permitem-nos tirar certas conclusões de ordem geral sôbre a evolução intelectual de Locke e algumas de suas principais idéias, em especial sua concepção do Direito natural. Entre outras, cremos que se impõem as seguintes considerações:

1 — As idéias capitais da filosofia lockiana, a começar pela sua Gnoseologia, formaram-se desde a mocidade do filósofo. Recuam mais ou menos aos seus 30 anos, pois estaria por volta dessa idade quando escreveu seus **Ensaios** sôbre o Direito natural. Nêles estão presentes a desenganada oposição à teoria das idéias inatas e a defesa do empirismo no que respeita à orígem dos nossos conhecimentos.

Por êsse motivo, não nos parece permitido supor, como faz Leyden, que uma das possíveis razões que demoveram Locke de publicar os **Ensaios** estaria no distanciamento entre as idéias do jovem e as do homem amadurecido. Essa suposição entra, aliás, em choque com outra hipótese levantada pelo mesmo Leyden para explicar a não publicação dos **Ensaios** sôbre o Direito natural, ao admitir que êles encerram um primeiro esbôço das idéias gnoseológicas de Locke. Tendo aproveitado boa parte dos argumentos dos Ensaios no **Essay concerning Human Understanding** (especialmente no Livro I), é natural que o nosso autor tivesse perdido o interêsse em dar a lume aquela obra.

Não é possível, por outro lado, apontar-se divergências em pontos essenciais entre êsses dois trabalhos de Locke, separados por um intervalo de cêrca de três decênios. Os traços de hobbismo do jovem Locke não se fazem sentir nos **Ensaios** sôbre o Direito natural, mas em outro trabalho ainda inédito do mesmo período, seus dois ensaios sôbre a competência dos magistrados civís em assuntos "indiferentes" para a religião. Êsses pequenos tratados, um escrito em inglês e outro em latim, têm caráter polêmico contra um panfleto anônimo de 1660 sôbre o mesmo assunto, e foram redigidos no mesmo estilo escolástico dos **Ensaios** sôbre o Direito natural. O tra-

---

* Comunicação apresentada ao III Congresso Nacional de Filosofia.

(1) Clarendon Press, Oxford.

(2) Locke escreveu 9 ensaios sôbre essa forma de «questões». Mas deixou mais três títulos de questões, que não foram escritas. Na publicação figuram 8 ensaios, pois o nono e último se destinava à oração de despedida de Locke do cargo de censor de Filosofia Moral da Christ Church, Universidade de Oxford, e como tal aparece no mesmo volume.

(3) Leyden «Introduction» ao volume John Locke **Essays on the Law of Nature**, p. 9.

tado em inglês leva o título Question: whether **the Civil Magistrate may lawfully impose and determine the use of indifferent things in reference to Religious Worshiip?** — Locke responde afirmativamente, invocando razões de segurança para o Estado — resposta em que fundamentava a exclusão da tolerância para os católicos por estarem vinculados a um poder estrangeiro, o Papado. Aí, admite-se que a autoridade civil, em virtude da renúncia da liberdade originária dos indivíduos, por via do contrato social, foi investida com podêres absolutos em todos os assuntos civis e religiosos, inclusive, entre êstes, as ações indiferentes, isto é, não essenciais à ortodoxia. Nos **Ensaios** sôbre o Direito natural, entretanto, não encontramos teses com êsse sabor hobbesiano.

2 — Os escritos de mocidade de Locke mostram-nos que o Direito natural foi um tema que o preocupou durante tôda a vida. Até há pouco, conheciam-se apenas as considerações contidas no **Ensaio sôbre o Entendimento Humano**, sobretudo no Livro I, e as ligeiras referências dos **Dois Tratados sôbre o Govêrno Cívil** (Livro II, cap. 2º § 12).

Essa constante preocupação explica-se pelas condições do ambiente e da vida de Locke. O tema do Direito natural vinha dominando nas questões éticas desde o Renascimento. No século de Locke, o XVII, era assunto predileto de juristas e filósofos. Para só citar os mais importantes, lembremos os trabalhos de Grotius, Puffendorf, Hobbes, Richard Hoocker. Dentro dêsse panorama geral do mundo europeu a situação particular da Inglaterra a partir de 1660, sob a Restauração dos Stuarts, com Carlos II, estimulava, com seus problemas sôbre a extensão da tolerância religiosa, as discussões teológicas e éticas. Êsse clima espiritual forneceu a motivação para os "dois tratados sôbre a magistratura civil", onde já aparece o tema do Direito natural, — retomado depois por uma razão de ordem profissional do autor, o seu cargo de censor de **Filosofia Moral** que teria sido o motivo imediato da redação dos **Ensaios**. Desde então, jamais abandonou êsse problema.

3 — Outra ilação que se impõe: o Direito natural constitui não sòmente a idéia básica da Filosofia política de Locke, mas foi também a porta que o conduziu à sua teoria do conhecimento. Como se trata do fundador da Gnoseologia moderna, podemos dizer que esta brotou de uma especulação jusfilosófica. Mais precisamente: Locke partiu de problemas do conhecimento moral e jurídico para o problema do conhecimento em geral. Para usar terminologia muito em voga outrora: de indagações sôbre a Filosofia prática, Locke chegou aos domínios da Filosofia teórica.

De fato, suas primeiras indagações filosóficas de importância arrancam do problema se existe o Direito natural e quais os meios de alcançar-se o seu conhecimento. Nos oito Ensaios recém-publicados, temos a resposta dessas interrogações, — resposta baseada numa teoria empirista do conhecimento que, cerca de 30 anos depois, atingia sua formulação definitiva no **Ensaio sôbre o Entendimento Humano**. As duas redações anteriores dessa obra resultaram, por seu turno, de discussões de Locke com vários amigos, em reuniões de 1671, na residência do futuro primeiro Conde de Shaftesbury, em Londres. O objetivo dessas reuniões deveria ser o de elucidar certos pontos obscuros ou controvertidos dos seus Ensaios sôbre o Direito natural.

Referindo-se ao **Ensaio sôbre o Entendimento Humano** (1690), Tyrrell, um dos participantes daquelas reuniões, escreveu que "o discurso começou sôbre os princípios da moralidade e da religião revelada" (4). Os elos entre êsses trabalhos podem ser resumidos nas palavras de Leyden, ao sugerir que "a importância dos ensaios de Locke sôbre o direito natural em relação aos seus escritos posteriores reside precisamente no fato de que muito de sua teoria gnoseológica (5), como formulada nos ensaios, está reproduzida nas duas redações do **Ensaios** de 1671, que, por seu turno, contêm o germe de sua doutrina final relativa ao entendimento humano" (6).

4 — É sabido que Locke nos brinda com um dos raros exemplos de uma teoria do Direito natural de base empirista. O artifício dêsse casamento, — empirismo e teoria jusnaturalista —, indisfarçável nas páginas do Ensaio sôbre **o Entendimento Humano**, ainda se torna mais patente nos desenvolvimentos mais longos contidos nos **Ensaios** dedicados ao Direito natural.

Na verdade, Locke não atinge à conclusão do Direito natural pela reflexão baseada em dados dos sentidos, conforme ensina sua teoria gnoseológica. Ao empreender sua meditação sôbre tal problema, já levava consigo, preconcebida, como um contrabando em sua viagem intelectual, a idéia de um Direito da natureza. Se êle se tivesse mantido fiel ao empirismo, jamais teria atingido êsse resultado. De fato, Locke não é um empirista até as últimas consequências. Há nêle muito de racionalista, se é que esta posição não supera a do empirista.

Na sua Gnoseologia, os sentidos são as fontes primárias do conhecimento, e a razão a fonte secundária ou derivada, que nos leva a outros conhecimentos, elaborando os dados sensoriais. Mas, pelo uso que Locke faz do pensamento discursivo, êste auxiliar do conhecimento acaba transformado em seu principal artífice. Sòmente dêsse modo, pôde êle sustentar que dos dados da experiência sensível a razão nos leva a afirmar a existência do Direito natural e a conhecer os seus preceitos.

Para tanto, porém, Locke teve necessidade, pelo mesmo caminho da experiência, de subir primeiro até Deus. A prova cosmológica da existência da divindade fornece-lhe o principal ponto de apoio permitindo-lhe argumentar que a beleza e ordem do universo, de que os nossos sentidos nos dão testemunho, nos permitem concluir pela existência de um Criador, superior a todos os sêres existentes, inclusive o homem. Em verdade, quem afirma a ordem e beleza do universo faz juízos de valor que não podem pretender o acôrdo ou evidência universais, como o provam as várias filosofias e religiões que têm ressaltado a fealdade e a desordem do mundo. Os dois polos, o positivo e o negativo, dessas valorações implicam-se reciprocamente e ambos nos são dados pela contemplação do universo. Mas, deixando de lado êsse aspecto, é inegável que a prova cosmológica envolve um salto do espírito, pois do conhecimento de objetos reais não podemos chegar, nem por indução nem por dedução, ao conhecimento de um objeto metafísico.

---

(4) Veja-se a citada «Introduction» de Leyden, p. 61.

(5) «epistemological theory» no original. Nossa tradução decorre do costume, entre os autores latinos, de distinguir Epistemologia de Gnoseologia, ao contrário do que sucede na língua inglêsa, em que geralmente se tomam como sinônimos os dois têrmos.

(6) Local citado, p. 66.

Realizado êsse salto, Locke dá outro, deduzindo da existência de Deus, a existência do Direito natural, por intermédio de cinco argumentos: 1) o argumento aristotélico (da Ética de Nicomaco) de que o homem tem por função especial "o exercício ativo de suas faculdades espirituais, de acôrdo com um princípio racional"; 2) o argumento de que a nossa consciência passa julgamento sôbre a nossa conduta o que não teria sentido se uma lei da natureza não existisse; 3) todos os sêres observam uma lei fixa de ação, apropriada à sua natureza, e não seria possível que logo a mais perfeita criatura não aposssuisse; 4) os dois esteios da sociedade — um govêrno organizado e o cumprimento dos contratos — ruiriam por falta de base se não houvesse uma lei da natureza; 5) a virtude e a baixeza se confundiriam sem tal lei.

Nenhum dêsses argumentos nos obriga a concluir pela existência do Direito natural. O primeiro envolve uma petição de princípio, pois só podemos afirmar o dever do homem de exercer suas faculdades segundo um princípio racional se pressupomos a existência de um dever ser, justamente o que se queria demonstrar. A petição de princípio remonta mais alto, à própria prova da existência de Deus, como vimos no início do primeiro ensaio sôbre o Direito natural, quando Locke escreve: "sustento, portanto, que não haverá ninguém capaz de negar a existência de Deus, contanto que êle reconheça quer a necessidade de alguma explicação racional de nossa vida quer a existência de algo que mereça o nome de virtude ou vício". Por essa passagem, a existência de Deus se prova pela existência do Direito natural, e a existência dêste pela de Deus.

O segundo argumento afirma o fato de que o homem é capaz de fazer juízos morais e jurídicos mas não prova que êstes se orientam por preceitos "universais e permanentes", segundo a concepção do Direito natural geralmente aceita e que é a defendida por Locke.

O terceiro argumento refere-se a um conceito ambíguo de "lei natural" ao dizer que todos os sêres possuem sua lei. Fica-se sem saber se se trata de uma lei do mundo físico (descoberta pelas ciências naturais) ou de normas de conduta. É claro que só esta última noção se ajusta ao conceito de Direito natural, mas em tal caso o homem seria uma exceção dentro da natureza justamente por obedecer a normas. Por outras palavras, a situação dos outros sêres não serve para exemplo do homem no particular, pois a assimilação com aquêles destruiria tôda idéia de Direito natural. O caráter equívoco da expressão "lei natural", nesse argumento, patenteia-se nas seguintes palavras, também do primeiro ensaio: "parece justo, portanto, indagar se só o homem veio a êste mundo completamente isento de qualquer lei que lhe seja aplicável, sem um plano, regra ou qualquer padrão de vida".

Os dois últimos argumentos representam uma espécie de pragmatismo moral. Quando muito, mostrariam que seria bom ou conveniente, para a harmonia da sociedade e o aperfeiçoamento moral do indivíduo que existisse o Direito natural, mas não provam que êle exista.

Da afirmação da existência do Direito natural, Locke dá novo salto e nos aponta várias normas que teriam êsse caráter, como vemos, na enumeração exemplificativa contida no sétimo ensaio: não roubar; não matar, temer a Deus e reverenciá-lo; adorá-lo exteriormente; falar do próximo com justiça e sem injúria; levar confôrto a pessoas em dificuldade; alimentar os famintos.

5 — Em conclusão, o filósofo que revolucionou a Teoria do Conhecimento, não pôde fazer o mesmo na doutrina do Direito natural, justamente porque o empirismo não foi aplicado de modo coerente em relação ao jusnaturalismo. Por êsse motivo, a teoria do Direito natural de Locke é desenganadamente teológica. O Direito natural é, na sua definição, "o decreto da vontade divina". Apenas Locke não admite que tal decreto esteja inscrito (7) em nosso espírito, por ser adversário da teoria cartesiana das idéias inatas. Também não aceita que o Direito natural seja um "ditado da reta razão", no dizer de Cícero, ou qualquer espécie de comando autônomo de uma razão legisladora. O Direito natural é heterônomo como todo Direito, sendo o comando de um superior. No caso, de Deus. Nossa razão é tão sòmente a descobridora e intérprete do Direito natural. Êsse é um nome abreviado para significar o "direito divino natural", aquêle que conhecemos pela luz natural da razão, distinto do "direito divino positivo" conhecido pela revelação. Baseado no Direito natural de onde deriva a sua validez, temos o direito humano positivo ou, simplesmente, direito positivo. Acrescentemos a lei eterna, e teremos as quatro espécies de leis da classificação de São Tomaz de Aquino. Até na terminologia o revolucionário da Gnoseologia não se afastou da tradição escolástica na conceituação do Direito natural.

---

(7) Locke parece ter vacilado quanto às idéias inatas no campo do Direito natural, conforme nos lembra Leyden à pág. 47, nota 1, de sua «Introduction». Em duas passagens do seu primeiro ensaio e em uma do segundo, por expressivo lapso de pena, a expressão «inata» aparece como adjetivo da lei moral, em conflito com o contexto. Exemplo de uma das passagens do primeiro ensaio: «**quae lex non scripta est, sed innata**». Leyden traduz da seguinte forma: «**This law, then is not written, but innate, i. e. natural**», ajuntando, pois, um pequeno apêndio do tradutor, que diminue o efeito do lapso.

Bahia, 13 de outubro de 1959.

PARECERES

USUFRUTO E FIDEICOMISSO. CONCEITO E DISTINÇÃO — INALIENABILIDADE TEMPORÁRIA — INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA

No usufruto as liberalidades são simultâneas: a nua propriedade de um dos beneficiados existe a par com o jus utendi e fruendi do outro. No fideicomisso, são sucessivas, tendo o fiduciário ou gravado a obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado.

A obrigação de transmitir, imposta ao fiduciário, é inconciliável com a faculdade de alienar definitivamente. Autorizando o testador a venda incondicionada dos bens, quando os seus netos se tornassem maiores, sòmente entendida a cláusula como de inalienabilidade temporária será respeitada a sua vontade, a qual se deve catar obediência, se não destes da ordem jurídica, como se fôsse lei: dicat testator et erit lex.

Inexistindo qualquer decisão, em juízo administrativo ou contencioso, no sentido de ocorrer fideicomisso, impossível alegar res judicata para sustentar a ocorrência dessa espécie de substituição. (*)

Manuel Joaquim de Carvalho e Júlia de Oliveira Carvalho, casados, deixaram testamento, correspondendo as verbas 31a. e 32a. do testamento do marido às verbas 11a. e 12a. da declaração de última vontade da mulher.

Dizem tais verbas:

31a: — "Desejando garantir, quanto em mim caiba e a lei permita, o futuro de meus filhos de ambos os sexos, presentes e os que no futuro venha ainda a ter, os instituo herdeiros, em **usufruto**, de metade de meus bens, os quais serão convertidos, em apólices da Dívida Pública interna ou externa ou quaisquer outros títulos externos ou em imóveis situados nesta cidade, a juízo do meu testamenteiro e inventariante e, se as rendas provenientes dêsses títulos forem superiores às necessidades de subsistência dos seus respectivos possuidores, então acumular-se-á o que exceder para o fim de converter-se, igualmente, em títulos de igual natureza e com o mesmo destino, passando, por sua morte, em plena propriedade, aos seus legítimos herdeiros, em partes iguais. Todavia, êsses bens só poderão ser alienados depois que todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros"

32a: — "Declaro que os bens que tocarem às minhas filhas Elvira, Alzira, Lucília, Gulomar e Adelaide não entrarão para a comunhão dos bens do casal, se porventura se casarem e serão inalienáveis durante a sua vida, passando depois de sua morte aos seus legítimos herdeiros".

No inventário dos testadores se aludiu a **legado com fideicomisso**, no quinhão da consulente d. Lucília de Carvalho Moura Costa.

No registro de imóveis consta em referência aos bens legados:

"Gravados pelo testador com a cláusula de usufruto vitalício, só podendo ser alienados depois da maioridade de seus netos".

Mais de trinta anos decorreram. Fizeram-se algumas subrogações, considerados os casos como **fideicomissos**.

Foram, entretanto, os chamados **fideicomissos** quase todos extintos, por fôrça da renúncia dos netos dos testadores, em benefício dos pais.

Uma das filhas do testador, d. Elvira, requereu a extinção do fideicomisso, por haver atingido, sem descendência, os sessenta anos de sua idade, o que foi deferido, sem oposição.

Em 1958, a consulente, d. Lucília de Carvalho Moura Costa por haverem os filhos (netos do testador) atingido a maioridade, requereu o cancelamento da cláusula de **inalienabilidade temporária**, em que incidiam os legados.

E o juiz, tomadas as necessárias audiências, deferiu o pedido, publicado o respectivo despacho no Diário de Justiça de 9 de julho de 1958. Entretanto, em 29 de agôsto seguinte, requereram as filhas da consulente se anulasse o cancelamento, para comunicação urgente do titular do Registro de Imóveis.

Pediram mais, caso o MM. Juiz entendesse ser caso não de **fideicomisso**, mas de **inalienabilidade temporária**, remetesse as partes às vias ordinárias, com a suspensão do cancelamento do ônus.

O MM. Juiz despachou:

"As partes litigantes, querendo, vão às vias ordinárias. Determino, entretanto, a suspensão do cancelamento do ônus ordenada pelo mandado de fls., afim de que ainda se possa evitar a alienação em causa, comunicando-se com urgência, ao Oficial do Registro de Imóveis, 1.º Ofício, e fazendo-se a publicação requerida..."

Em 19 de setembro de 1959, alegando a consulente o transcurso do prazo em que qualquer recurso podia ser interposto, requereu ao MM. Juiz oficiasse ao titular do Registro de Imóveis que, com a superação daquele prazo, podiam ser vendidos os bens liberados.

(*) V. acórdão que decidiu a hipótese, publicado à pag. 113 desta Revista.

Certificado o transcurso do prazo, ouvido o Curador sôbre o pedido, foi êste deferido em despacho publicado em 28 de setembro de 1958. Os intervenientes apelaram em 20 de outubro de 1958.

Pergunta-se:

1.º)

As verbas suso transcritas instituem usufruto, fidelcomisso ou inalienabilidade temporaria?

2.º)

O pedido de d. Lucília, em 1958, podia ser deferido, considerado o caso como de **inalienabilidade temporária?**

3.º)

A apelação das intervenientes, filhas de D. Lucília, foi tempestiva?

Veio a consulta lastreada com as razões das partes, cópia do despacho do MM. Juiz e do parecer do Exmo. Sr. Sub-Procurador Geral do Estado.

— Respondo —

1.º)

A cláusula submetida a exame fala em **usufruto:**

"Desejando garantir... o futuro de meus filhos .. os instituo herdeiros em usufruto..."

Mas, êsse elemento está longe de se mostrar terminativo. A **qualificação jurídica** do ato deriva da lei, e não da vontade das partes, poderosa, entretanto, a determinar-lhe os efeitos práticos, na conformidade do direito.

É o que enuncia excelentemente Francisco Campos:

"O **nomen iuris** não pode ser... da essência do negócio.

O êrro em que, em relação a êle, incidem as partes, não poderá influir sôbre a essência do negócio e, conseqüentemente, determinar a sua natureza. O negócio é o mesmo, seja qual fôr o nome que lhe derem as partes, ou a construção jurídica que os contratantes em relação a êle formularem... Quando as pessoas estipulam, a sua intenção imediata ou próxima não é de produzir efeitos jurídicos, mas resultados práticos.

Os efeitos jurídicos do negócio não dependem, porém, da previsão das partes; estas podem ignorá-los inteiramente, enganar-se quanto ao seu alcance ou à sua extensão, ou, ainda, não querer que os mesmos os produzam. Os efeitos jurídicos não resultam, pois, da vontade das partes, mas da lei" (in Revista Forense, v. LXXI, p. 26).

Daí dizer Carlo Fadda que **"in generale la qualifica giuridica data delle parti non ha ne può avere un valore decisivo".** (Pareri, p. 8).

Não se trata de substituir a vontade do declarante pela do intérprete, senão de receber aquela em tôda a sua pureza e genuinidade, apesar do impróprio dessa ou daquela expressão.

Desde que pelos efeitos inequivocamente queridos pelas partes se caracterize tal ou qual instituto, devem prevalecer as normas dêste, posto se haja empregado expressão errônea.

Errônea, mas desinfluente.

A vontade ressai da declaração; mas o vero sentido desta não se altera com a designação jurìdicamente errônea de determinada figura de direito cujos elementos de vida se acham caracterizados na declaração.

Se o **"nomes iuris"**, a **"qualifica giuridica"** desconstitui, como é sabido e re-sabido, elemento essencial, pode e deve o juiz corrigí-lo, remanescendo o ato em tôdas as suas consequências e em tôda a sua extensão, conforme o ensino — que traduz verdadeiro **ius receptum** de Saleilles:

"Lorsque l'interprétation normale, tirée des circonstances qui accompagnent la déclaration, laisse apparaître l'erreur dans la formule employée, ... le juge pourra corriger les termes de la déclaration, ou la considérer comme équivoque ou erronée dans un de ses éléments, de telle sorte que, si cet élément est un de ceux qui fussent essentiels, tel que l'objet, par exemple, la déclaration elle-même füt nulle faute d'objet. Si l'équivoque ne portait que sur un élément qui ne füt pas essentiel à l'acte juridique en cause, la déclaration ne serait pas nulle, cela va de soi". (De la Déclaration de Volonté, n. 71).

Ao juiz sempre se reserva, apesar de desvios de técnica jurídica e de equívocos das partes, e tendo em vista os efeitos por elas querido induvidosamente, "le droit de contrôler la nature, la dénomination légale des conventions, de les qualifier (Josserand, Cours, v. II, n. 242).

O Supremo Tribunal Federal, inspirado nessa doutrina sábia, já decidiu desapresentar valor decisivo à denominação jurídica dada ao ato pelas partes (Rev. dos Tribunais, v. 146, p. 834; Castro Gomes, Repertório de Jurisprudência do Código Civil, Introdução e Parte Geral, p. 243, n. 579).

Como disse Celice (El Error en los Contratos, trad. esp. de Camargo y Marin, mais vale assinalar as obrigações das partes do que a denominação do contrato.

O asserto se aplica a todo e qualquer ato jurídico, em obséquio ao preceito do art. 85 do Cód. Civ. em que Clóvis Bevilaqua vê mais do que simples regra de interpretação — um elemento complementar do ato jurídico: —

"Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem".

Se tais princípios prevalecem nos contratos mesmos, ainda mais se impõem nos testamentos, nas declarações de última vontade, em que domina a preocupação de ser atendida — em tôda a extensão permitida na lei — a vontade veneranda do **de cuius.**

A observância pontual da vontade do testador aparece como o alvo supremo do intérprete.

Quando a cláusula testamentária — reza o art. 1666, do Código Civil — "fôr suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador".

A interpretação dos atos da última vontade se desenvolve na pesquisa da vera intenção do testador, que merece obedecida a todo poder que se possa — **"in testamentis, plenius voluntates testantium interpretantur"** (L. 12, no Dig., De reg. inv.); **"in ambiguis orationibus, maxime sententia expectanda est eius qui eas protulisset"** — L. 96, no Dig. **cod. tit.**

Daí, a referência de Carvalho Santos (Código Civil Int., v. 24, 164) a magistério de Mendes Pimentel:

"Na interpretação dos testamentos a questão única é uma quaestio voluntatis. Só se tem de apurar o que quis determinar o testador para fielmente executar-se-lhe o intento".

Tem o art. 85 do Cód. Civ. irradiação ampla a têrmos de alcançar todo o vasto domínio das declarações de vontade, observando, ao pro-

pósito, Carlos Maximiliano, Sucessões, v. 1.º, p. 617:

"... Se houver lapso, engano, impropriedade de vocábulos para o fim colimado, linguagem ampla ou demasia (**plus dictum quam cogitatum**) ou restrita em excesso (**minus dictum quam cogitatum**), prevalece o espírito sôbre a letra, a vontade sôbre as palavras, de todo e qualquer ato jurídico".

Aquela "regra das regras" a que aludia Montaigne, como uma ressonância do conceito inolvidável do Apóstolo das Gentes, depara no testamento, mais do que em qualquer outro ato jurídico, a plenitude da sua imponência.

Em obséquio ao seu império, escreve Pontes de Miranda, Tratado dos Testamentos, v. 1.º, pag. 154:

"O que importa é a verdadeira vontade do testador; pode errar na linguagem, nos efeitos jurídicos: — o que será cumprido, será o que êle quis.

Desde que se possa revelar o querer do disponente, tudo se recompõe e observa".

No ato jurídico **inter-vivos**, razão é se atempere o princípio da autonomia da vontade com o da **confiança** nas declarações e com o respeito à boa fé de terceiros e às conveniências do comércio jurídico.

No testamento, o mesmo não se observa, escrevendo Ferrer Correia em relanço transcrito por Jaime Landim, Vícios de Vontade — Erro — pags. 120-121:

"... os testamentos constituem realmente categoria autônoma dentro das declarações de vontade em geral. Como já em 1874 Rower observava com acêrto notável, a declaração testamentária destina-se fundamentalmente apenas a tornar conhecida dos sobreviventes a última vontade do testador, enquanto as declarações entre-vivos (sobretudo as contratuais), devem funcionar como meios de vincular e, nessa medida, ser tratadas".

Acrescenta Jaime Landim, liv. citado, pags. 121-122, forte em Pontes de Miranda e De Page e citando, generosamente, trabalho da minha pobre lavra:

"Em verdade as regras gerais de interpretação não se modificam essencialmente na exegese testamentária, subordinadas, aqui e ali, ao mesmo princípio: — **Potius ut valeant quam ut pereant**".

"Mas, porque não há legítima expectativa a proteger nem esteja vivo o declarante para defender, como nos contratos, a sua obra, tais regras... alargam em superfície e profundidade na direção exclusiva do testador e do resguardo do absoluto domínio da sua vontade real. Não só o juiz "deve empregar o último de potência" para restauração das verbas, através dos esforços da interpretação, muito mais que nos atos entre-vivos, como essa exegese subjetiva se há de desenvolver "do lado do testador", sem consideração pela boa fé do beneficiado ou da recepção da vontade testamentária".

Como observa Danz, "não têm as disposições **mortis causa** o caráter de negócios do comércio jurídico". (La Interpret. de los Neg. Jur., trad. espanhola de Roces, p. 337).

V., ainda, Capitant, La Cause des Oblig., p. 479.

Cotejando a função do intérprete da lei com a do intérprete do negócio jurídico e do testamento, já se nos rendeu ensejo de observar:

"a) ... o trabalho do intéprete da **lei** é desvelar não a **mens legislatoris** (veja-se o que, ao propósito, discursam Würzel, Kohler, Ferrara e tantos outros), senão a **mens legis**, pois a lei, desprêsa do seu elaborador, adquire conteúdo e espírito próprio sôbre o qual se desenvolve a atividade mental das gerações, como escreve Ferrara;

b) a função do intérprete do **negócio jurídico**, principalmente do contrato, é desvelar o conteúdo do acôrdo de vontades, primando a vontade real à declarada, mas sem olvido dos imperativos da segurança do comércio jurídico e da boa fé de terceiros;

c) a pensão do intérprete do **testamento** é desvelar, pura e simplesmente, a vontade real do testador: — **in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur**".

"O elemento internacional, sempre do maior relêvo na interpretação do negócio jurídico, adquire ainda maior prestígio e imponência nos atos unilaterais e, destacadamente, nos testamentos".

São princípios já recebidos no direito antigo, assim os traduzindo Lourenço Trigo de Loureiro:

"Na questão da significação das palavras, com que o legado foi deixado, a vontade do testador não deve ser interpretada conforme a propriedade da língua latina, nem segundo a significação jurídica das palavras, a qual os testadores ordinàriamente ignoram; mas conforme o sentido natural, óbvio e popular, em que o uso comum de falar no lugar onde o testador habitava, costumar palavra de que êle se serviu, tendo-se em maior consideração a sua vontade, quando fôr conhecida, do que as suas palavras, como muito discretamente recomenda a L. 101, D. de cond. et dem. Introd. §§ XLIII e XLV" (Instituições de Dir. Civ., Bras., t. II, pag. 15-16).

Procede, pois, o asserto de Robert Barrau:

> "Ainsi, en matière de testaments beaucoup plus qu'en matière des conventions, le juge se rapproche toujours d'avantage de l'auteur de l'acte, le protège contre son ignorance, ses défauts de connaissance du droit, ses égarements même. Il devient, en quelque sorte, son collaborateur éclairé. Le mourant qui n'a voulu confier à personne ses projets de testament, et dont l'intention pouvait demeurer ignorée, trouvera en lui un soutien consciencieux et impartial. La plupart des testateurs le savent, et seraient plus effrayés à l'idée qu'on pourrait interpréter leurs dispositions dernières d'une manière littérale et étroite, qu'à l'idée que le juge recherchera toujours leur intention véritable".
>
> (Interprétation des Testaments, p. 23).

Assim, no caso da consulta, o só emprêgo da palavra **usufruto** não basta para desvelar o verdadeiro sentido da cláusula estudada, tanto mais quanto é ela frequentemente mal empregada por testadores e notários, sempre se torne defeso ao beneficiado a venda incondicionada do recebido pela liberalidade.

Particularmente com o **fideicomisso** é ela assáz de vêzes confundida, não obstante saberem os juristas que a cláusula testamentária, apesar do emprêgo da palavra usufruto, envolverá **fideicomisso** sempre que os beneficiários sejam chamados **sucessivamente** a receber os lucros. (v. Washington de Barros Monteiro in Curso de Dir. Civ. — Dir. das Sucessões 1954, páginas 197-198).

Depois de transcrever, a êsse propósito, uma advertência de Lis Teixeira, já observamos, em modesto livro sôbre sucessão testamentária:

"Particularmente no que tange à palavra **usufruto**, essa advertência se mostra muito encontradiça nos tratados e nas decisões. A pala-

vra **fideicomisso** não é da linguagem corrente e moente.

O têrmo **usufruto** emprega-se indistintamente entre os leigos para qualificar assim o caso de usufruto, como o de **fideicomisso**.

Pôsto qualifique o testador o caso com a palavra **usufruto**, ocorre **fideicomisso** se existe **duplo chamamento, obrigação de conservar e restituir, ordem sucessiva**, nos têrmos do art. 1733 do Cód. Civil e da doutrina corrente.

No **usufruto** testamentário, as liberalidades são **simultâneas**: — a nua propriedade de um dos beneficiados existe de par com o **ius utendi e fruendi** do outro.

A **sucessividade** do benefício suscita a presunção da ocorrência de **fideicomisso**: — o preceito do § n. 2103 do BGB ajusta-se a primor ao nosso sistema jurídico e à velha e verdadeira lição de Teixeira de Freitas, **in** Gouveia Pinto, Testamentos e Sucessões, p. 327, § 320, n.º 1.

Se a liberalidade cabe a um inteiramente, e depois, com a morte do primeiro, ou preenchida certa condição ou vencido um têrmo, inteiramente a outro, pôsto se fale em **usufruto**, caso é de **fideicomisso**.

Não importa ignorem os leigos o que seja **fideicomisso**. Nas liberalidades **sucessivas**, a situação que êle traduz é mais constantemente desejada que a de **usufruto**, observando agudamente Pontes de Miranda: —

"... se é certo que os leigos não sabem o que é **fideicomisso**, mais vulgar é pensarem êles em deixar os bens a uma pessoa, passando por morte desta a outrem, do que cindirem a propriedade do usufruto, operação sutil de que nenhuma idéia têm".

A cláusula estudada, pôsto empregue errôneamente a palavra, não estabelece, evidentemente, **usufruto**.

Não ocorre liberalidade simultânea aparecendo ao lado do **usufrutuário** o **nu-proprietário**.

"Ainda quando o testador fale em **usufruto** é de entender-se que há fideicomisso sempre que o testador determinar que os bens passem a outro depois da morte do primeiro legatário indicado; **há usufruto quando o testador transmite o domínio a um e as utilidades da causa a outrem, simultâneamente**" (Ac. do Sup. Trib. Federal, **in** Dimas R. de Almeida, Repertório de Jurisp. do Cod. Civ., Sucessões, arts. 1572 a 1733, pag. 233, n. 258).

No caso da consulta, não se fraccionou o domínio em **nua propriedade e faculdade de recláusula**, a figura do **nu proprietário** a que se tirar da coisa **utilidades e frutos**. Inexiste, na possa contrapor o usufrutuário e nem houve **liberalidade simultânea**.

De resto, a cláusula alude também a herdeiros futuros e no usufruto se faz mister sejam os titulares, ao tempo de sua constituição, "conhecidos, individuados e já existentes" (v. Washington de Barros Monteiro, liv. citado, p. 197; Tito Prates da Fonseca, Sucessão Testamentária, p. 192 e seguintes).

Aliás, ao que parece, em face das cópias de peças do processo que examinei, todos conspiram em não se tratar de **usufruto**, pretendendo alguns interessados, **contra outros**, configurar-se **fideicomisso** e não **cláusula de inalienabilidade temporária**.

O debate se travou e fixou nesses têrmos, excluídos por todos, e mui curialmente, a ocorrência de **usufruto**.

O **"ordo successivus"** e não **simultâneo** estabelecido na cláusula levaria a concluir ser caso de **fideicomisso**, antes que de **usufruto**.

Uma vez não incidam as liberalidades em uma só pessoa, ocorra obrigação de guardar os bens e passá-los, tratando-se de liberalidades **sucessivas**, dá-se o **fideicomisso**.

Já Pothier, escreve Francisco Morato (Miscelânea Jurídica, v. I., p. 197) doutrinava que embora usem os notários do têrmo usufruto em caso de passagem da propriedade de um para outro em ordem sucessiva, deve o dispositivo ser interpretado e recebido como **fideicomisso**, porque as palavras devem ser entendidas no sentido que convém no ato e não no que implique contradição (Donations et Testam., chap. VII, Règle III).

O fideicomisso caracteriza-se com a ordem sucessiva, dupla disposição, duas liberalidades, uma após outra — **ordine successivo, et non coniunctivo seu simultaneo**.

Lê-se em voto vencedor do eminente Ministro Hahneman Guimarães, no Supremo Tribunal Federal: —

"O "ordo successivus" estabelecido pelo testador caracteriza a substituição. Se não houver o propósito de estabelecer a substituição fideicomissária, seria desnecessário subordinar a transmissão de bens a uma condição, à morte do herdeiro instituído em primeiro lugar. O código civil alemão contém a êste respeito uma regra, a do art. 2103, que se harmoniza com o nosso direito.

"Se o testador — diz a regra — dispuser que a herança com o advento de certo têrmo ou condição, seja restituída a um outro, deve-se presumir que êste foi instituído como fideicomisso (**Nacherbe**). Comentando a disposição, disse Dernburg (Deutsches Erbrecht, 3.ª ed. p. 159):

"Não é raro encontrarem-se testamentos com a fórmula: — deixo a **A** o usufruto e a livre disposição de meu patrimônio, e, depois de sua morte, herdará **B**. Daí resultará, em regra, instituir-se **A** fiduciário (Vererbe) e **B** fideicomissário" (in Dimas R. de Almeida, Repertório citado, p. 388, n. 424).

Se, no caso da consulta, não ocorreu **simultaneidade**, mas, sucessividade nas deixas, caso seria — repitamos — antes do **fideicomisso** a **têrmo ou sob condição**, do que de **usufruto**, absolutamente inconfigurável na hipótese.

O **fideicomisso**, entretanto, também não foi instituído, no caso.

Duas razões se confederam para a absoluta exclusão, no caso, de substituição **fideicomissária** e, ainda, **vulgar**.

É a primeira a da inexistência de **beneficiário** substituto, de beneficiário instituído pelo testador em ordem sucessiva.

O testador, na cláusula discutida, declarou apenas que os bens deixados em **usufruto** (todos concordam, no caso, com a impropriedade da expressão) passariam aos legítimos herdeiros do beneficiário.

Abalizou-se, pois, em enunciação supérflua e ociosa, em mencionar consequência derivada da lei, e não da sua vontade.

Deixou assim, de ocorrer **instituição**, e sem esta inexiste **substituição**, no magistério de Ricci:

> "Si é proposta la questione, si la sostituzione possa farsi a riguardo dell'erede legitimo; ma a noi sembra che tale controversia, implicando contradizione, non sia neppure proponibile.
>
> La sostituzione, infatti, non é concepibile senza un'istituzione, perchè il sostituire una persona importa necessariamente che un'altra sia si prediletta a preferenza di quella del sostituito".
>
> (Corso, v. III, n. 426, pág. 939).

Sem dúvida pode o testador designar fideicomissário entre os herdeiros legítimos do fiduciário.

Faz-se mister, entretanto, se apresente a referida instituição perlavada de dúvidas e não se confunda, como no caso, com simples enunciação estéril de consequências.

Na cláusula apenas se diz que, por morte do instituído, os bens passam aos seus legítimos herdeiros. E nessa referência, vaga e geral, impossível é se veja a nomeação de fideicomissários, senão disposição desinfluente e de que não resultam proveitos, o que, às vezes, ocorre nos testamentos, conforme a advertência de Carlos Maximiliano, Sucessões, 4.ª edição, v. 2, n. 640-A, p. 117-118: —

"Quando o testamento dá apenas o que a lei já assegura ao herdeiro (meação ao cônjuge, metade dos herdeiros necessários), o instituidor aparente não é sucessor testamentário: é **legítimo**, se é herdeiro; porque, em relação à quota sucessória, o ato **causa-mortis** fica pràticamente inútil. É comum os dizeres, em relação a certos indivíduos, serem meramente enunciativos; não atributivos ou benéficos. Não está no espírito da lei que a disposição testamentária deva ser sempre interpretada de modo que resulte proveito para a pessoa mencionada no mesmo".

Outra razão, porém, ainda mais imperiosa, outra razão absolutamente terminativa se ostenta, na demonstração incontendível de que não se trata de **fideicomisso**.

Neste, não tem o fiduciário o **ius disponendi completo e incondicionado**, pois, por sua morte, em certo têrmo ou sob certa condição deve o **legado passar ao fideicomissário**.

Sem êsse elemento, não se configurará jamais o fideicomisso, pois êle se integra no próprio conceito, na definição mesma do instituto.

Mais: — entra no conceito **legal** do instituto, dispondo o art. 1773 do Código Civil: —

"Pode... o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o gravado ou fiduciário, a **obrigação** de, por sua morte, em certo tempo ou sob certa condição, **transmitir** a outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado".

O domínio, assim, que o fiduciário pode transmitir, subordina-se a uma condição resolutiva.

Abrindo-se a sucessão do fiduciário, a herança ou o legado se transmite ao fideicomissário, ainda que se ache, por transmissão resolúvel, em poder de terceiros.

O fiduciário tem, é certo, a propriedade da herança ou do legado, mas **restrita e resolúvel** (artigo 1734).

Assim, o terceiro que adquira bens sujeitos a fideicomisso, escreve Washington de Barros Monteiro (liv. cit., p. 199), subordina-se à contingência de ver afinal resolvido o seu direito.

Só assim se resguarda, com o **direito** de alienar sob **condição resolutiva**, o **dever fundamental** de conservar o fiduciário o bem para entregá-lo, **congruo tempore**, ao fideicomissário.

Como disse Vitali, "la sostituzione fedecomissária può definirsi quella disposizione in sott'ordine per la quale l'onorato é gravato di **conservare** e di **restituire** ao sostituito (fedecommessario) o tutta o parte dei propii beni per il tempo in cui essa (gravato, fiduciario, primo dichiarato) veri a morire".

Se os sujeitos do direito, no fideicomisso, aparecem sucessivamente, o último, quando falece o primeiro ou quando se exaure o têrmo respectivo ou se cumpre a condição a que estava subordinado, é certo inexistir **fideicomisso** se o primeiro **pode alienar à definitiva**, em qualquer tempo ou com o advento de certo têrmo, o legado ou herança recebida.

Se ocorre proibição de alienar apenas quando inexausto certo têrmo, é claro tratar-se não de **fideicomisso** mas de **cláusula de inalienabilidade temporária**, como no caso da consulta.

Na cláusula aludida se estabelece às expressas: —

> "Todavia êsses bens só poderão ser alienados depois que todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento se destina especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros".

A intenção do testador ressai clara e indubidosamente da cláusula.

Sua metade disponível caberia aos filhos que, entretanto, só poderiam aliená-la quando os netos do testador, filhos dos beneficiários, atingissem a maioridade.

Os bens seriam inalienáveis, temporàriamente, até a maioridade dos netos do testador.

A só e vaga referência à transmissão de tais bens aos legítimos herdeiros dos beneficiários, desconstitui substituição fideicomissária, o que, de resto, absolutamente se exclui com a possibilidade de alienar incondicionadamente, quando os filhos atingissem a maioridade.

Assim se mostra a tôdas as luzes tratar-se da **cláusula de inalienabilidade temporária**, o que ainda se dilucida com a explicação **ex-abundantia** do testador, "por isso que seu rendimento se destina especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros".

Não se trata de **usufruto**, por inocorrência de liberalidade **simultânea**, por ausência de **nu-proprietário**; não se trata de **fideicomisso**, por ser ociosa a declaração de que os bens dos beneficiários passariam a seus herdeiros legítimos e, principalmente, por não ter o benefício de ser conservado para, por morte do primeiro chamado, esgotado certo tempo, ou com o adimplemento de dada condição, transmití-lo a outro, ao fideicomissário.

Ao revés: — atingindo os filhos dos beneficiários a maioridade, podiam os bens ser vendidos incondicionada e definitivamente.

A hipótese, é assim, nitidamente, de **inalienabilidade temporária**.

A cláusula de inalienabilidade sòmente pode envolver substituição fideicomissária quando **vitalícia** e em proveito de certas pessoas determinadas, na exata lição de Colin, "car alors le disposant manifeste bien son intention de faire une double transmission de biens" (apud Ministro Mario Guimarães, in Dimas R. de Almeida, Repert. cit., p. 385 **in fine**).

Como quer que seja, "l'onere di conservare" (o que não exclui venda sob condição resolutiva) é um dos extremos do fideicomisso (v. Vitali, Sucessioni, v. III, n. 2284).

Êle se encontra — vale insistir — na própria noção de fideicomisso, como se vê em Carlos Maximiliano, loc. cit., n. 1242, p. 75: —

> "Fideicomisso é o instituto jurídico em virtude do qual se adquire domínio **com a inerente obrigação de conservar o recebido** e, por morte, depois de certo tempo ou sob determinada condição, **transmitir** a outra pessoa, física ou jurídica". (V., ainda, Pacifici-Mazzoni, Il Cod. Civ. Ital. Comm., VIII, n. 196).

O ato de disposição do fiduciário perde eficácia **pleno iure**, automàticamente, **quando**

dies fideicomissi venit, como ensinam os DD., entre os quais Crome, Endemann, Clóvis Beviláqua e Carlos Maximiliano.

Este último, após de afirmar a tese, diz, liv. cit., 3º vol., p. 457: —

"Esta queda imediata e forçada do domínio adquirido pelo comprador torna, de jato, inalienável o bem gravado; porque ninguém pretenderá adquirí-lo (Beudant, Les Don, entre Vifs et Test., II, n. 120).

Em suma: — não pode o fiduciário efetuar **a venda incondicionada**, pura e simples, do legado ou da herança.

Já tivemos ensejo de escrever ao propósito:

"Pode o fiduciário exercer com respeito à herança de que tenha propriedade restrita e resolúvel o **ius disponendi?**

O reconhecer o Cód. Civ. ao fiduciário aquela propriedade importa afirmar a alienabilidade do fideicomisso?

Por se tratar de propriedade **restrita** outorgada com a obrigação de conservar o fiduciário a herança para entregá-la ao fideicomissário, nega-lhe o **ius abutendi**, Tito Prates da Fonseca (Sucessão Test., pág. 174, **in fine**).

Nenhuma dúvida em caber ao fiduciário **conservar** o bem recebido. Trata-se de dever **inerente ao fideicomisso** e que pesa no fiduciário ainda desmencionado pelo testador.

A lei, entretanto, não estabelece a inalienabilidade como regra absoluta, têrmos em que ao fiduciário fica faculdade de alienar **sob condição resolutiva**. A alienação, **nestes têrmos**, não peleja contra o dever de conservar.

E se desconvenientes ocorrem no reconhecimento dessa faculdade, deve o reproche ser endereçado ao legislador, acrescendo poder o autor da liberalidade impor a cláusula de inalienabilidade, como observa Clóvis Beviláqua Cód. Civ. Coment. v. VI., pág. 197).

A alienação do bem assim como a imposição de ônus real se subordina à resolubilidade inerente ao fideicomisso, prevalecendo, em todos os seus têrmos, o **resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis** e o **"nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet"**. E o **"melioris conditionis emptor non sit quam fuit venditor"**. (liv. 32, § 1, ad. Sen. Cons. Vel.)

Em face dos arts. 1734 e 647 do nosso Código Civil, pode o fiduciário, **com as limitações... aludidas**, alienar e gravar de ônus real o que recebeu em fideicomisso.

Escreve Ferreira Alves, **in** Paulo Lacerda, n. 253: —

"O direito de propriedade do fiduciário ou gravado pelo fideicomisso é revogável, e é resolvido ou revogado depois sòmente do fiduciário, quando o fideicomissário sobrevivente tem direito à entrega dos bens.

"Resolvido o domínio, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos pelo fiduciário, e o fideicomissário, em favor de quem se opera a resolução, como proprietário... pode reivindicar a coisa de quem a detenha: — **resoluto iure dantis**, resolvitur **ius accipientis**."

"Desprevalece, assim, a lição manifestada no antigo regime, de Pinheiro, Coelho da Rocha e do Barão de Ramalho de não poder o fiduciário dispor dos bens. Pode fazê-lo, mas apenas transmitindo a propriedade que tem, restrita e resolúvel. Mais, não, pois **nemo dat quod non habet**.

"Em suma, o restrito da propriedade originada do fideicomisso ao fiduciário não impede **a alienação** dos bens fideicometidos: — **impede a alienação incondicionada**.

"O domínio do adquirente resolve-se com a defunção do fiduciário ou o implemento da condição ou o advento do têrmo a que se refere o art. 1733 do Código Civil."

Deixando o testador de atribuir ao beneficiário a obrigação da conserva dos bens para serem transmitidos a terceiros e, antes, permitindo, às expressas, a venda dos bens quando os netos atingissem a maioridade, é claro não haver estabelecido fideicomisso, mas impôsto simples cláusula de inalienabilidade, a desaparecer quando os netos se tornassem maiores e, pois, inalienabilidade temporária.

O argumento é de sorte incontendível que os mesmos adversários da consulente não lhe negam a procedência, o que seria impossível.

Apenas, entendem não ser êle aplicável aos bens deixados, mas sòmente aos porventura adquiridos com as rendas dos primeiros.

Mas, essa interpretação entesta violentamente com o sentido da cláusula e a vera intenção do testador.

Considere-se de fito a cláusula discutida: —

"Desejando garantir .. o futuro dos meus filhos... os instituo herdeiros em usufruto da metade de meus bens, os quais serão convertidos em apólices... ou quaisquer outros títulos... ou em imóveis..., a juízo de meu testamenteiro e inventariante, e se as rendas dêsses títulos forem superiores às necessidades de subsistência de seus respectivos possuidores, então acumular-se-á o que exceder para o fim de converter-se, igualmente, em títulos... passando por sua morte em plena propriedade aos seus legítimos herdeiros... Todavia **êsses** (**êsses**) bens só poderão ser alienados depois que todos os meus netos atingirem a maioridade, pois que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros."

Êsses bens não podem se referir só aos últimos bens mencionados, isto é, apenas aos que, porventura, se adquirissem com as rendas da herança.

Tal fôsse o desenho do testador êle diria: "êstes bens, êstes últimos bens."

Êste é mais próprio para designar objeto ou coisa mais próxima de quem fala ou escreve.

De resto, dado o fim da inalienabilidade — educação e subsistência de herdeiros menores — é claro que a êle não bastariam os simples bens acaso adquiridos — e nunca o foram — com as sobras das rendas dá herança.

Gramatical e lògicamente falha, assim, a interpretação adversada, que é artificial e se acha ao arrepio da intenção do testador.

Em suma: — o caso não é de usufruto, não se esboçando, sequer, na cláusula, o nu-proprietário, beneficiado **simultâneamente** com outro beneficiário. Todos, ao parecer, assim o concluem.

Não é, igualmente, de **fideicomisso**, pois deixa de encerrar a obrigação de guardar o beneficiário a herança para transmití-la a terceiros.

Ao revés: — nela se autoriza a **venda incondicionada** dos bens, quando os netos do testador se tornassem maiores.

Assim, sòmente entendida a cláusula como de inalienabilidade temporária, será respeitada a vontade do testador, à qual se deve catar obediência, se não destoa da ordem jurídica, como se fôsse lei: — **dicat testator et erit lex**.

As cláusulas transcritas estabelecem **inalienabilidade temporária**.

2.º)

A resposta ao segundo quesito deriva imediatamente — dispensando outras demonstrações — do expendido quanto ao primeiro: — o pedido da consulente, em 1958, podia e de-

via ser deferido, consideradas as cláusulas como de inalienabilidade temporária.

3º)

O terceiro e último quesito se refere à tempestividade ou intempestividade da apelação dos intervenientes, filhos de d. Lucília.

Ainda neste particular a razão está, ao parecer, com a consulente.

O cancelamento da cláusula de inalienabilidade determinado pelo MM. Juiz constitui decisão não só esforçada em inconvelíveis razões de fato e de direito, como se tornou irrecorrível.

Produzida a prova da maioridade dos netos do testador, sòmente restava a questão de saber se a cláusula configurava **fideicomisso** ou **inalienabilidade temporária** ou, ainda mais simplesmente, se pode ocorrer **fideicomisso** com a faculdade de **vender incondicionadamente** o beneficiário os bens recebidos, atingindo os seus filhos (netos do testador) a maioridade.

Lê-se nas razões da consulente: — "a apelada, fazendo a prova de que todos os seus filhos já haviam atingido a maioridade, requereu ao MM. Juiz o cancelamento da cláusula de inalienabilidade temporária (errôneamente denominada de usufruto) que gravava determinados bens.

Deduziu amplamente o direito pleiteado. O processo com o parecer favorável do ilustre Curador de Resíduos, prolatou a sua decisão. O referido julgamento publicado no 'Diário da Justiça" de 9.7.58, reconheceu que, na espécie, se instituíra... cláusula gravativa de inalienabilidade temporária ou a têrmo extintivo, e não fideicomisso ou usufruto; e também reconheceu... que se apurava a condição resolutiva ou têrmo extintivo, isto é, a maioridade dos netos dos testadores".

A decisão aludida podia ser tomada legitimamente e vàlidamente em processo administrativo.

Na conformidade do art. 466 do Código de Processo Civil, poderá o Juiz decidir, no inventário, quaisquer questões de direito e de fato fundadas em prova documental inequívoca, remetendo para as vias ordinárias as que exigirem maior indagação.

A matéria de fato — a maioridade dos netos do testador — desapresenta qualquer dúvida ou entre-dúvida. Consta em prova documental inequívoca.

E a **quaestio iuris**, pôsto se encrespasse (o que não ocorreu) de dificuldades, podia e devia ser resolvida, nos têrmos do art. 466 do Cód. do Proc. Civ. suso transcrito.

A questão de **alta indagatio**, a só excluída das decisões do juízo do inventário, é, assim, a questão de fato a que não responda prova documental inequívoca.

As questões de direito por difíceis e sutís, que se apresentem, desconstituem, para o efeito de excluídas do juízo do inventário, questões de indagação alta, desde que os fatos se mostrem desnublados de dúvidas (Ac. do Sup. Trib. Fed., in Rev. Forense, v. 119, p. 369).

A solução penosa e difícil da **quaestio facti** é que se não ajusta ao rito do inventário.

Nessa conformidade, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de Goiás que "como questões de alta indagação insuscetíveis de apreciação em inventário, não podem ser consideradas as de direito, por mais complexas que sejam, nem as de fato, quando fundadas em documentos, questões, em última análise, que não dependam de provas.

(in Alexandre de Paula, o Proc. Civ. à Luz da Jurisp., 2ª ed., v. VI, arts. 372 e 498, n. 16.356).

Uma vez se trate de **questio iuris** ou de matéria de que exista prova literal, pode o juízo do inventário decidí-la.

Já Pereira de Carvalho, Clóvis Bevilaqua, Carvalho de Mendonça, qualificaram como de indagação alta apenas a **quaestio facti**, não provada literal e inequìvocamente guardando fieldade à velha lição de Pêgas: — "**Licet quaestio iuris sit sutilis a difficultosa, non requisit altiorem indaginem quia ius it semper est.**

É exato haver João Monteiro, forte em Portugal, considerado também como de indagação alta a questão complexa, intrincada de direito.

Prevaleceu, entretanto, a corrente contrária, defendida por Manuel de Almeida e Souza, de Lobão: — questões de direito ainda difíceis, e questões de fato a que responda prova documental inequívoca, resolvem-se no juízo do inventário. Êste não pode se dar de incompetente com o classificar de difícil determinada **quaestio iuris.**

Admití-lo seria, como disse Pontes de Miranda (Com. ao Cód. do Proc. Civ., v. III, do art. 466), tornar dependente do íntimo do juiz, de elemento subjetivo, a determinação da competência, o que é contra os princípios da técnica legislativa.

Assim, no magistério de Carlos Maximiliano, citando Ribas, Lobão e Pereira de Carvalho, "resolvem-se no próprio inventário e, portanto, se não alinham entre as de **alta indagação**, por mais intrincadas que sejam, as questões sôbre interpretação do testamento (ficando salvo aos interessados a faculdade de recorrer ao juízo contencioso), prazos; fideicomisso, dote, dádiva excedente de cota disponível; ordem de caberem determinados bens a certos descendente; renúncia da herança pelo que pretende ser inventariante ou quaisquer outros motivos para alguém ser ou deixar de ser cabeça de casal; recusa, por parte do sucessor, de conferir doação da dádiva, ou dote; decisão da herança por cabeça ou por estirpe; serem ou não os bens descritos enfitêuticos, inalienáveis ou impenhoráveis, no todo ou em parte; deverem ou não as despesas com o funeral, exéquias, missas e túmulo ser pagas pelo monte ou pela meação do defunto inventariado". (Carlos Maximiliano, Sucessões, v. III, n. 1460, pág. 296, 4ª edição).

Ver, ainda, Cândido Neves, Com. ao Cód. de Proc. Civ., ed. Revista Forense, ao art. 466 e Orlando de Souza, Inventários e Partilhas, 1957, ns. 18 e seguintes.

Incontendível, pois, poder a questão da consulta ser versada e decidida no juízo do inventário.

E a decisão respectiva, pôsto tomada no juízo administrativo do inventário, apresenta tôdas as características de **definitiva**, tornando-se, pois, suscetível de apelação, recurso próprio das decisões definitivas de primeira instância (arts. 820 do Cód. de Proc. Civ.).

Como ensina Seabra Fagundes (Dos Recursos Ordinários em Matéria Civil, n. 265), "as sentenças prolatadas em processos de caráter administrativo, ou seja as sentenças de cunho estritamente homologatório, mas que põem têrmo à relação processual, se devem compreender como definitivas". E acrescenta, em nota, o opinado jurista:

"É o que faz sentir Carvalho Santos, muito acertadamente, a propósito de acórdão duma das Turmas do T. de Alagoas, onde se decidiu que a sentença que julga a arrematação não

é definitiva e, por conseguinte, não dá lugar a apelação (observe-se, de passagem, que no sistema legal vigente a arrematação se consuma mediante auto que o juiz se limita a assinar — C. P. Civ., arts. 975-976 — referindo-se o acórdão a sentença anterior à codificação atual). O insigne jurista acentua que, se não fôra assim, certas sentenças, como as de homologação de divisão ou demarcação, e as que julgam a partilha seriam irrecorríveis, consequência à qual jamais se inclinou a jurisprudência das côrtes judiciárias brasileiras (Cód. de Proc. Civ. Interp., v. IX, págs. 278-279).

Como observa Seabra Fagundes, liv. cit., n. cit., o pronunciamento do juiz em tais casos, incide no mérito do processo, e tem as características de decisão definitiva.

Em suas razões de apelada, a consulente pôs de manifesto haver sido a apelação dos inventariantes apresentada a destempo, tornando-se inconhecível, à conta de tardonha e serôdia.

O prazo do recurso não se corta ou se interrompe por via de pedido de reconsideração, como se lê naquelas razões e constitui asserto que orna a primor com o sistema do Cód. de Proc. Civ. e jurisprudência caudal.

Respondo, assim, negativamente ao terceiro e último quesito.

PARECER COMPLEMENTAR

Tive ensejo, em parecer anterior, de me manifestar sôbre o alcance e a inteligência da seguinte cláusula inserida no testamento com que faleceu da vida presente Manoel Joaquim de Carvalho e de que sublinho lances expressivos da vontade do testador:

> "Desejando garantir quanto em mim caiba e a lei me permite o futuro de meus filhos de ambos os sexos, presentes e os que de futuro ainda venha a ter, os instituo herdeiros da metade dos meus bens os quais serão convertidos em apólices da dívida pública federal interna ou externa ou quaisquer outros títulos externos ou em imóveis situados nesta cidade a juízo de meu testamenteiro e inventariante, **e, se as rendas provenientes dêsses títulos forem superiores às necessidades da subsistência dos seus respectivos possuidores, então converter-se-á o que exceder para** o fim de converter-se igualmente em títulos de igual natureza e com o mesmo destino, passando, por sua morte, em plena propriedade, aos seus legítimos herdeiros em partes iguais. **Todavia, êsses bens só poderão ser alienados depois de todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros".**

Em primeira instância (induvidosa a matéria de fato, podia o juízo do inventário dirimir a **quaestio iuris**, nos têrmos do artigo 466 do Código de Processo Civil, não se achando a mesma sob o sêlo da **res iudicata**), foi julgada, curialmente, tratar-se de cláusula de **inalienabilidade temporária.**

A parte contrária recorreu. Fê-lo a destempo, tornando-se inconhecível sua apelação, por apresentada serôdiamente.

Não obstante a preliminar, fui convocado a dar parecer sôbre a cláusula suso transcrita e, esforçado nos textos de lei, que citei, e na lição, que tirei a lume de opinados D.D., concluí tratar-se de cláusula de **inalienabilidade temporária:** — os bens legados sòmente podiam ser alienados depois de atingirem a maioridade os netos do testador.

Os interessados entretanto, desejam parecer complementar, chamando a atenção do consultado especialmente para os seguintes aspectos do caso: — a) o testador mesmo, na cláusula discutida, aludiu a **usufruto:** b) não se repele a hipótese de ocorrência de fideicomisso pela só permissão de vender os bens legados após a maioridade dos netos, pois o fiduciário, nos têrmos do art. 1.734 do Código Civil, tem a **propriedade da herança ou legado,** pôsto restrita e resolúvel. E o **ius disponendi** é projeção do direito dominical. Ademais disso, modalidade existe de fideicomisso em que é permitida a alienação do bem gravado: — o fideicomisso **de residuo** ou **de eo quod supererit;** c) haver sido suscitada — contra a interpretação de alcançar a inalienabilidade temporária **todos** os bens legados — a de atingir a cláusula apenas as rendas dos bens — apólices ou imóveis em que os primeiros fôssem convertidos.

Passo a considerar os aspectos realçados, insistindo, porém, em que podia o M.M. Juiz decidir a espécie como o fêz, por não se tratar de **quaestio facti** complicada e implexa, indesatável em processo administrativo, e por desconstituir **res iudicata** decisão proferida em processo de jurisdição voluntária e graciosa.

A primeira proposição depara suporte na lei mesma, dispondo o art. 466 do Cod. de Proc. Civil: —

> "O juiz poderá decidir, no inventário, quaisquer questões de direito e de fato fundadas em prova documental inequívoca, remetendo para as vias ordinárias as que exigirem maior indagação".

Trata-se, aliás, de direito recebido desde tempos remotos e já apregoados pelos velhos praxistas e traduzido pelo código processual vigente em "fórmula precisa e segura", na referência de Cândido Neves (Comentários ao Código do Proc. Civil, edição da Revista Forense, v. VI, n. 6, página 18).

Entre os nossos D.D., João Monteiro, citando, entre outros, Portugal, pertentou enquadrar certas controvérsias jurídicas perdifíceis entre as questões de alta indagação.

Mas, a doutrina vencedora tomou a direção atendida no Cód. de Processo Civil, em preceito que encontra similares nos antigos códigos de processo de Minas, S. Paulo e Bahia, entre outros.

Na categoria de questões de alta indagação, escreve Carlos Maximiliano, Sucessões, 4.ª edição, volume III, n. 1.455, páginas 291-292, citando Almeida e Souza, de Lobão, José Dias Ferreira, Correia Teles, Pereira de Carvalho e outros, os juristas "jamais incluiram as controvérsias referentes ao direito teórico, por mais difíceis e intrincadas que se nos antolhem, nem as resolúveis mediante a inteligente inspeção de documentos; porém as concernentes às questões de fato, as que se não dirimem sem o auxílio de outros elementos de certeza, como sejam testemunhas, vistoria, arbitramento, depoimento da parte, exame de livros, perícia gráfica; enfim as que exigem exame demorado de provas e debate esclarecedor entre os interessados".

Cita, nêsse sentido, Pêgas: — **"licet quaestio iudis sit sub tilis, aut difficultosa, non requirit altiorem indaginem, quia ius, et eius resoluto semper est certa"** e assim põe em lingua-

gem o passo transcrito; — "ainda que sutil ou dificultosa uma questão de direito, não requer alta indagação, porque o direito e a sua solução prescindem sempre de provas". E, ainda, o expressivo relanço de Diogo Guerreiro Camacho de Aboim que encerra e compendia sólida fundamentação do princípio a que ofereceu acolheita o art. 466 do Cód. de Processo:

> **"Dubium, vel potest consistere in iure, vel in facto. Si consistat is iure, debet iudex statim illud determinare sine retardatione divisionum, nec ab illud debet cohaeredes, seu consocios remittere ad telam ordinariam, quia licet altiorem indaginem, quia jus et euis resolutio semper est certa, et iudex non debet, nec potest vexare partes iuditio ordinario super rem, quam scire tenetur".**

Como disse Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, como de alta indagação se compreende a questão sòmente averiguável por meio de testemunhas, ou por outros meios próprios das ações ordinárias, em plena discussão. Só não se pode qualificar de alta indagação a questão de direito, porque êste é invariável e deve de pronto ser atendido, qualquer que seja a forma do processo. O juiz do inventário tem competência para decidir as questões de direito levantadas pelas partes quando não dependam da alegação e prova de fatos, mas simplesmente da indagação de documentos oferecidos para a aplicação do direito e suas regras (in Alexandre de Paula, o Código de Processo à Luz da Jurisprudência, v. VI, 2ª edição, 1958, n. 10.362, páginas 2.972 — 2.973).

Uma vez se trate de questão simplesmente de direito ou ainda, de fato, mas a que responda prova documental inequívoca, deve ser a mesma resolvida no próprio juízo do inventário, de acôrdo com o preceito do art. 466 do Código de Processo Civil e de jurisprudência uniforme e caudal.

A questão insolúvel no juízo do inventário é sòmente aquela de fato e deslastreada de prova literal induvidosa. Já era êsse o direito anterior e a êle se referiam juristas que escreveram antes do Código de Processo (vêde Assis Moura, Inventários, página 122) como "doutrina vencedora no direito formal brasileiro e no das nações cultas".

"O caso da consulta é de questão de direito. E se pudesse considerá-la **quaestio facti**, sua solução estaria no testamento, em sua interpretação, sem necessidade de apêlo a qualquer **elemento aliunde**.

Podia, pois, e devia ser resolvida, como foi, no juízo da sucessão.

A objeção fundada em **coisa julgada** desapresentaria, por outro lado, qualquer consistência e teria a infantuá-la o preceito do art. 288 do Cód. de Processo Civil, in verbis: —

> "Não terão efeito de coisa julgada... as sentenças proferidas em processo de jurisdição voluntária e graciosa".

A razão é óbvia, dizia Jorge Americano, citando Pothier, Aureliano de Gusmão, João Monteiro, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e jurisprudência: — "Não havendo litígio, há sempre como obter modificação da decisão, renovando-se o pedido, pois o critério da decisão é, em regra, de mera conveniência ou proteção aos interêsses que o juiz é chamado a resolver" (Ação Rescisória, página 66).

As sentenças que não passam em julgado não suscitam ação rescisória. "Não precisam de tal ação. Podem ser renovados os processos indefinidamente, se bem que, enquanto não se renovam, tenham eficácia" (Pontes de Miranda, Tratado da Ação Rescisória, 3ª edição, pág. 191).

Deixam elas de adquirir a imutabilidade das decisões despedidas em processo contencioso, falecendo-lhes fôrça vinculativa apta a impedir controvérsias em outros pedidos e processos.

Ressalva-se o caso em que, apesar da natureza do processo, as partes controvertem e a decisão se profere **inter nolentes**, em que êle adquire feição contenciosa: — **voluntaria iurisdictio transit in contentiosam interventu iusti adversarii.**

E, ao que se dessume da exposição da parte, à inscrição como **usufruto** dos bens legados desprecedeu qualquer controvérsia no juízo sucessório.

Aplica-se, pois, o princípio do art. 288 que, aliás, é de geral aceitação na doutrina, ainda a menos recente, e que se mantém até agora.

Larombière, Obligations, t. 5º, 1.857, p. 206, n. 12, já dizia: —

> "Tous actes de jurisdiction, quelque réguliers qu'on les suppose, ne sont cependant pas indistinctement susceptibles de passer en force de chose jugée. Il faut, a cet égard, distinguer entre les jugements rendus en matière de jurisdiction contentieuse, et ceux rendus en matière de jurisdiction gracieuse. Les premiers sont les seuls auxquels la loi attache l'autorité de la chose jugée."

E Lacoste, cuja autoridade no tema de coisa julgada se tornou clássica, dilucidava: —

> "Le principe de l'autorité de la chose jugée a été établi pour mettre fin aux procès; il suppose un litige. Il resulte de là que les jugements rendus en matière de jurisdiction gracieuse n'ont pas force de chose jugée. Ce ne sont pas des jugements dans le sens rigoureux du mot; nous n'avons pas ici un litige, un différend, divisant deux parties, et que tranche l'autorité judiciaire, mais simplement une procédure qui a pour objet l'exercice d'un pouvoir titulaire ou la conservation d'un droit".
> (De la Chose Jugée, 1.894, p. 48, n. 131)

E, afinal, ao que supomos, nenhum dos interessados pleiteia se mantenha no caso a classificação erradíssima de usufruto.

Conspiram todos no inadequado, no inexato dessa classificação.

Apenas, enquanto uns interessados entendem tratar-se de **fideicomisso**, outros compreendem a cláusula discutida como de **inalienabilidade temporária**.

Concordam, entretanto, neste ponto: — o caso não é de **usufruto**, desmerecendo manter se essa classificação, feita, aliás, acrescentamos, em decisão desprovida do efeito de coisa julgada, em face do claro texto inturvável do art. 266 do Código de Processo Civil.

Enfim, se inexiste qualquer decisão, em juízo **administrativo** ou **contencioso**, no sentido de ocorrer **fideicomisso quanto aos bens legados**, impossível alegar, para sustentar ocorrência de fideicomisso, **res iudicata**. Nenhum julga-

mento se verificou nesse sentido, em qualquer juízo, contencioso ou, ainda, administrativo, **quanto aos bens legados.**

A inscrição de **usufruto,** de resto, não foi determinada por decisão judicial, e se inutiliza ela mesma, pois, enunciando tratar-se de **usufruto vitalício,** acrescentou que os bens podiam ser alienados depois da maioridade dos netos, o que exprime cláusula de inalienabilidade temporária...

A

Passemos, agora, a considerar as dúvidas suscitadas na consulta.

Liga-se a primeira ao fato de haver o testador mesmo empregado na cláusula discutida a palavra **usufruto.**

A dúvida torna-se dissipável, ao fácil.

Trata-se de êrro onipotente no **"nomen iuris"**, e a desimportância, a desinfluência, o desalcance dêsse êrro é de todos reconhecida.

No anterior parecer, versei o assusto, esforçado na autoridade de Francisco Campos, de Fadda, de Saleilles, de Josserand, de Celice, de Pontes de Miranda, de Jaime Landim, de Trigo de Loureiro, de Robert Barrau, de Lís Teixeira e de afirmações jurisprudenciais.

Como disse Jaime Landim, Vícios da Vontade, Erro, página n. 175, irrelevante é o engano quanto ao **nomen iuris** ou a mera qualificação jurídica: —

"Os atos jurídicos não padecem em sua essência pela denominação imprópria dos interessados; mediante interpretação se restabelece e recompõe a verdadeira natureza ou índole do negócio... O mero equívoco do nome nunca é substancial: — **falsa demonstratio nocet."**

No usufruto ocorre liberalidade **simultânea,** beneficiados, concomitantemente, o **usufrutuário** e o **nu — proprietário.** Evidentemente, não é o caso da consulta em que aparecem como beneficiários apenas os legatários, com a possibilidade da venda dos bens legados quando os netos do testador atingissem a maioridade. Impossível, a tôdas as luzes, se considere a hipótese como de **usufruto,** quando nenhum traço dessa figura jurídica se esboça na cláusula. Nenhuma dúvida ou entre-dúvida se armou a êsse propósito, ainda por parte dos contrários, à pretensão do consulente. Êles próprios acabam pela inocorrência de usufruto e **"veritas a contrariis divulgata magis effulget".**

B

O que se controverte é se a cláusula encerra simples vedação temporária de alienar ou se, na real verdade, configura fideicomisso.

Procurei demonstrar, no parecer anterior, não se tratar de fideicomisso que tem, como um de seus traços **essenciais** a obrigação, que pesa no fiduciário, de conservar o bem e transmití-lo ao fideicomissário. É a **communis opinio doctorum** que podia ser manifestada através de citações sem conta.

É mais, ainda, pois deriva do **texto legal,** achando-se expresso no art. 1.733 do Código Civil, que, assim, orna com a generalidade da doutrina.

Dispõe, na verdade o citado art. 1 733:

> "Pode também o testador instituir **herdeiros** ou **legatários** por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, **transmitir** ao outro, o que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado."

A obrigação de transmitir, é claro, importa a de conservar o bem gravado que o fiduciário, assim, não pode alienar definitiva e irrestringidamente.

A obrigação de transmitir se mostra inconciliável, às completas, com a faculdade de alienar definitivamente. São situações inconjugáveis, incombináveis, que **"jurent d'être accouplées".**

Como é possível ao beneficiado alienar, à definitiva, o bem legado, ou herdado e, ao depois, transmití-lo ao beneficiado em segundo lugar?

Assim, se em um testamento, constar a possibilidade de, em certo tempo, poder o beneficiado vender definitivamente o legado ou herança, é certíssimo não se tratar de fideicomisso, por inocorrência de qualquer direito ou benefício ao fideicomissário, àquele a quem, no fideicomisso, deve o fiduciário transmitir o bem recebido.

Entretanto, em ponto de tanta clareza é que se formam as dúvidas apresentadas pela consulente.

É que, sendo o fiduciário **proprietário** da herança ou legado, não se lhe pode negar o **ius disponendi** (art. 1.734 do Cód. Civil).

Ainda mais: — em certa modalidade de fideicomisso, no fideicomisso de resíduo ou de eo **quod supererit,** inexiste vedação de alienar, melhor ocorre a faculdade de alienar, o que tudo poria de manifesto desconstituir a inalienabilidade (imposta pela obrigação de restituir) traço indispensável à caracterização mesma do fideicomisso.

A meu ver, **data-venia,** as dúvidas, assim apresentadas, desvelam íntegra improcedência, e deixam inatingido o asserto de pelejar o fideicomisso com a faculdade de alienar definitiva e incondicionadamente.

O fiduciário é proprietário da herança ou legado, mas o seu direito é **restrito e resolúvel.**

Nos têrmos do artigo 1.734 do Código Civil, o fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, **mas restrita e resolúvel.**

A alienação, pois, que lhe é facultada, terá de refletir, necessàriamente, a natureza restrita e resolúvel de seu direito, do direito alienável.

O **ius disponendi** é, no caso, restringido, incompleto, restrito, prêso a condição **resolutiva** cujo implemento permitirá a forçada transmissão da herança ou legado ao nomeado em segundo lugar, ao fideicomissário. Fora dêsses termos, não poderá alienar. A eficácia da transmissão cessa automàticamente, de pleno direito, quando **dies fideicomissi venit.** Autores há que negam ao fiduciário o **ius disponendi** (vêde Tito Prates da Fonseca, Sucessões, página 174 **in fine**), por se tratar de propriedade restrita, outorgada com a obrigação de ser passada, **congruo tempore,** ao fideicomissário.

O cumprimento dessa obrigação não se impossibilita com a transmissão **sob condição resolutiva,** embora, pràticamente, na observação de Carlos Maximiliano, citando Beudant, essa circunstância diminua muito a possibilidade da transmissão.

> "Essa queda imediata e forçada do domínio adquirido pelo comprador torna, de fato, inalienável o bem gravado, porque ninguém pretenderá adquirí-lo".
> (Sucessões, 4.ª edição, vol. III, p. 547).

Como quer que seja, certo e certíssimo é não poder o fiduciário vender absoluta e incondicionadamente o bem legado em fideicomisso.

A venda possível há de refletir o direito resolúvel e restrito do fiduciário. **Em tôrno dêsse asserto, não há, não pode haver dissenções.**

O fiduciário pode alienar, mas não poderá transmitir mais do que uma propriedade restrita e resolúvel que, por sua morte, ou a certo tempo, passará definitivamente ao fideicomissário.

Assim, se não é possível aceitar sem um **grano salis** a lição radical de Pinheiro, Coelho da Rocha e Ramalho, de não poder o fiduciário alienar o bem gravado, fôrça é reconhecer que a alienação possível é restrita, é revogável, é resolúvel; com a prevalência absoluta do **"resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis".**

Já tivemos ensejo de observar e, **data venia**, o reiteramos:

> "Nenhuma dúvida em caber ao fiduciário **conservar** o bem recebido. Trata-se de dever **inerente no fideicomisso** e que pesa no fiduciário ainda desmencionado pelo testador.
>
> "A alienação" **(nos têrmos aludidos)** nestes têrmos, não peleja contra o dever de conservar".

Já se viu, com Beudant, que, pràticamente, o bem gravado se torna dificilmente alienável. E o mesmo observara o velho Mourlon:

> "Le grevé, qui n'avait sur les biens compris dans le fidéicommis qu'une propriété révocable ne pouvait constituer sur eux que des droits révocables comme le sien. Aussi les tiers qui avaient connaissance de la substitution, refusaient-ils de se mettre em relation d'affaires avec le grevé: on n'achète point, quand on roudarait arquéries, et personne ne se contente d'une hypothèque révocable".

(Repetitions Écrites, 12.ª ed. de Demangeat, v. II, p. 498).

Nada mais precário, realmente, do que a eventual alienação do bem gravado de fideicomisso, dizendo Carlos Maximiliano (liv. cit., v. III, n.º 1.248), citando Endemann, Crome, Clóvis Bevilaqua e Beudant:

> "...o instituído primordial obriga-se a manter a substância da coisa herdada e devolvê-la quando ao fideicomissário incumbe receber. Desaparecem, então, a hipoteca e demais ônus, salvos os impostos pelo testador; o adquirente ou credor despe-se das vantagens obtidas do fiduciário que não podia vender ou ceder mais do que tinha **(nemo plus ad alium transferre potest, quam ipse habet)**; a propriedade e a posse atribuidas ao gravado findam com o advento do fideicomisso e "quando se resolve o direito do outorgante, resolvido fica também o do outorgado": — **resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis.**

Não há necessidade de interpelação, muito menos de ação, por parte do segundo instituído; opera-se **ipso iure** a transmissão integral do direito".

Assim — e o assunto parece maior de qualquer objeção, superior a qualquer dúvida — se o fideicomisso tolera a alienabilidade **condicionada, restrita, resolúvel** do bem gravado (a têrmos de poder ser transmitido, em tempo próprio, ao fideicomissário) é êle incompatível, falando pela via ordinária, inteiramente incompatível, absolutamente incompatível, com a alienação plena e incondicionada, que despermitiria a **ordo sucessivus** na outorga do benefício — elementos integrantes, constitutivos, nucleares, da figura jurídica e legal do fideicomisso.

Como reiterei (e vale a pena insistir e reinsistir, pois se trata de dado fundamental à solução do problema da consulta) o asserto, nos têrmos acima formulados, parece maior de qualquer objeção. Teria esta de lutar à área partida, com a generalidade, com a universalidade da doutrina, e com o texto desenganado do art. 1.733 do Cód. Civil, que merece repetido:

> "Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um dêles, o gravado ou fiduciário a **obrigação** de, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, **transmitir** a outro que se qualifica de fideicomissário, a **herança** ou **legado".**

Se, pois, em um testamento se reconhece a herdeiro ou legatário a faculdade de alienar irrestringidamente, absolutamente, sem condição resolutiva, o bem herdado ou legado, não se estabelecerá **fideicomisso** em que há, sucessivamente, dois beneficiários, devendo o bem passar do primeiro ao segundo.

Ora, na cláusula em que foram os herdeiros instituidos legatários da metade disponível determinou o testador:

> "Todavia, êsses bens só poderão ser alienados depois de todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento é destinado, especialmente, à educação e subsistência dos mesmos herdeiros".

Aqui, a faculdade de alienar desconhece quaisquer condições, restrições ou reservas, depois que os netos do testador alcançassem a maioridade.

Até então, eram os bens inalienáveis, inteiramente inalienáveis; depois, tornaram-se alienáveis, inteiramente alienáveis, o que em face da doutrina unânime e de texto reclaro de lei, não se ajusta ao fideicomisso.

Tudo isso põe de manifesto tratar-se, no caso, de simples legado com a cláusula de inalienabilidade temporária: — êsses bens, disse o testador, isto é, os bens legados, poderiam ser alienados depois da maioridade de seus netos.

O argumento, pois, extraído da alienabilidade, **sob condição resolutiva,** do bem gravado, não demonstra ser, em linha de princípio, compatível com o fideicomisso a inalienabilidade **incondicionada,** permitida pelo testador após a maioridade dos netos.

Data-venia, de igual inconsistência contra essa conclusão inarredável, é o argumento extraído da figura anômala e rara, pelo menos entre nós, do chamado fideicomisso de **residuo** ou de **eo quod supererit.**

Trata-se de modalidade especial de substituição — escreve Washington de Barros Monteiro, Direito das Sucessões, pag. 199 — "por via da qual o fiduciário pode alienar os bens fideicometidos, operando-se a transmissão ao fiduciário **apenas do que vier finalmente a sobrar** no dia da abertura do fideicomisso" (nossos os grifos).

Cláusula que nesse sentido se estabeleça pode ser considerada válida, mas deixa de configurar o **verdadeiro fideicomisso,** aquêle que, como tal, é definido e disciplinado nos artigos 1.733 e seguintes do Código Civil.

Vale a pena, para deixar o assunto suficientemente dilucidado, transcrever o que ao propósito, e citando Falci, Buniva, Cattaneo e Borda, Lomonaco, Vitali, Pacifici-Mazzoni, Planiol e Ripert, Trasbot, Baudry-Lacantinerie-Colin, Zachariae e Crome e Barassi, Duranton, Demolombe, Troplong, Fazier-Herman, Laurent, Huc, Manresa e Navarro, disse Carlos Maximiliano, liv. cit. III, n.º 1.265:

> "Assim acontecia quando se facultava ao prenomeado alienar **definitivamente** o recebido, cabendo, por sua morte, a pessoa determinada **o que ainda restasse.**
>
> **"A rigor, não se trata de fideicomisso** (nossos grifos), de vez que pode desaparecer **para sempre** a substância da liberalidade. Mais se aproxima de... **deixa condicional;** se não alienar em vida, não **incluirá em testamento o bem, que,** por morte do primeiro beneficiado A, tocará a B. É a isto, de fato, a que a verba testamentária se reduz".

Pertencem ainda a Carlos Maximiliano, livro citado, vol. cit. n.º 1.266, p. 114 êstes esclarecimentos:

> "O projeto de Código Civil elaborado pela Comissão presidida pelo Ministro da Justiça, determinara no embrião do atual **artigo** 1.733:
>
> "Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um, que é o gravado ou fiduciário, a obrigação de transmitir a outro, que é o fideicomissário a herança, o legado **ou o que restar dêles,** por sua morte ou em certo tempo e ainda sob certa condição".

No seio da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, surgiu a seguinte emenda assinada pelos Srs. Clóvis Bevilaqua e Frederico Borges, aprovada pelo plenário: Art. 2.097:

> Suprimam-se as palavras **in medio: "ou o que restar dêles, para o fim de se eliminarem os fideicomissos residuários.**
>
> Portanto, no Direito Brasileiro, não há lugar para o chamado fideicomisso **de resíduo."**

Se consultarmos a Carvalho Santos, teremos o mesmo parecer: —

> "Por muito tempo houve divergência em saber se constituia ou não fideicomisso parcial o de resíduo — **deo quod supererit,** isto é, quando se facultava ao primeiro instituído alienar definitivamente os bens recebidos, passando apenas, por sua morte, à pessoa designada, o que restasse."

Ainda agora discutem os doutôres. A nosso ver, porém a questão não apresenta essa dificuldade, precisamente porque não se trata, na hipótese, de... verdadeiro fideicomisso puro e simples com vínculo obrigatório, mas... de uma deixa condicional de verdadeira e própria condição particular, estranha à pessoa do substituto e dependente de futuro e incerto acontecimento; qual o da possível existência duma porção, ao menos, daqueles bens constitutivos da deixa.

De fato, não há, em tais casos, obrigação para o fiduciário de conservar os bens recebidos, tendo êle, ao invés, ampla liberdade de alienar ditos bens, sendo válida a alienação que fizer. Quer dizer: — o substituto designado só terá direito ao que sobrar, no caso do fiduciário não ter disposto da totalidade dos bens.

Por aí já se vê que não há pròpriamente um fideicomisso, porque neste o fiduciário será sempre obrigado a transmitir ao fideicomissário os bens recebidos, não se compreendendo como possível desapareça a substância da liberalidade.

Razão, portanto, têm os mestres, quando ensinam que se mais aproxima de uma deixa condicional: — se não alienar em vida, não incluirá em testamento o bem, que, por morte do primeiro beneficiado tocará ao substituto.

Cfr. Carlos Maximiliano... Baudry — Colin... Planiol — Ripert — Trasbot..." (Cod. Civil Interp., v. XXIV, p. 162-163).

É êle admitido nos países cuja legislação aboliu o instituto do fideicomisso — pela doutrina dominante, pôsto que adversada exatamente por inexistir nele **substituição.** É o que se vê em Huc (Commentaire Theorique et Pratique du Code Civ. t. 6º, n. 22) ao aludir ao chamado fideicomisso **de residuo** ou **de eo quod supererit:** —

> "Dans l'espèce, la charge de rendre est subordonnée à une condition qui n'a rien de potestatif pour le grevé, consistant en ce que ce dernier n'aura pas usé le droit qui lui est attribué d'aliéner: le grevé n'est donc pas tenu de conserver, et il n'y a pas substitution. Il n'y a pas substitution; donc il faut maintenir la disposition principale au profit du premier gratifié, et la disposition subsidiaire **de eo quod supererit** au profit du second".

Baudry — Lacantinerie e Colin, Donaz. fra. Vivi e Testamenti, ed. Vallardi, vol. II. n. 3.100, p. 523 apresenta a mesma razão de validade do chamado fideicomisso **de resíduo,** que estaria descompreendido na vedação do **verdadeiro fideicomisso** pelo Cod. Civ. francês, — art. 896: —

> "Ammessa già dal diritto romano e ritenuta valida senza contestazioni dagli antichi scrittori francesi, questa disposizione deve valere anche sotto l'imperc del Codice civile, per questa ragione decisiva, che essa non colpisce d'indisponibilità beni che ne sono oggetto e percio che non può constituire la sostituzione vietata dall'art. 896".

Valerá, pois, a cláusula, não, porém, a título de substituição, senão como legado, e assim o demonstram Baudry-Lacantinerie e Colin (livro cit., vol. cit., ns. 3.101 e seguintes).

Demolombe também versou o assunto e mostrou, em ressunta:

— No direito romano, o fideicomisso **de residuo** ou **de eo quod supererit** suscitava ao fideicomissário a faculdade de dispor apenas para atender a necessidades suas, reais, procedendo desmaliciosamente, **non intervertendo fideicomissi gratia** (L. 54 e 58 § 8, ff. **ad Senat Trebell;** L. 70 § 3, ff. **De leg.** 2º). E Justiniano, Novela 108 (cap. I), fazia pesar no fiduciário a obrigação de deixar ao fideicomissário a falcídia, pelo menos a quarta parte dos bens. A faculdade de alienar, pois, sofria restrições. A abolição do fideicomisso o atingiria, porque, como disse, Demolombe,

assim entendido, êle encerrava, **dans une certaine mesure, cette charge de conserver et de rendre qui caractérisait la substitution fidéicommissaire"** (Donation Entre Vifs et Testaments, 2.ª edt. t. 1.º (v. XVIII do Cour du Code Napoléon), n. 129, p. 152).

Mas, atualmente, a questão incide na cláusula pela qual ao segundo beneficiado cabe apenas o que restar do legado ao primeiro.

Formaram-se três opiniões ao propósito:

a) nulidade da cláusula, como simples modalidade de substituição proibida; b) nulidade da disposição subsidiária em proveito do segundo, mas validade da cláusula principal em favor do primeiro; c) validade de ambas as disposições.

Fundava-se a primeira opinião na obrigação de conservar, por parte do fideicomissário, que devia, no exercício do **ius abutendi**, guardar moderação e boa fé, como realçava Papiniano (Cotelli, Meyer, etc.).

A segunda — que anula apenas a disposição do **eo quod supererit** — sòmente nesta vê **substituição**. Sòmente a esta, pois, se aplica **a primeira** parte do art. 896 do Cód. Napoleão.

Não atinge a primeira, dizendo, ainda para essa conclusão a **ratio legis** e os princípios gerais (Merlin, Demante, Rolland de Villargues, etc.)

O terceiro sistema — segundo Demolombe, **"le plus accrédité dans la doctrine et dans la jurisprudence"** — declara válido o conjunto. E Demolombe desenvolve aqui o seu habitual método silogístico:

— A substituição proibida é a fideicomissária verdadeira e pròpriamente dita, a geralmente praticada, e que encerra a obrigação de guardar e de restituir;

Ora, a disposição pela qual o legatário é encarregado de dar a terceiro **id quod supererit** não importa a obrigação de conservar;

Logo, não é considerada nem substituição, nem a substituição proibida pelo art. 896. É nesse sistema que Demolombe se abraça, citando, ainda, para aboná-lo, uma luzida teoria de juristas. Dilucida mais Demolombe, livro citado, volume citado, n. 134, pág. 150: —

> "... si la disposition **de eo quod supererit** nous paraît valable, se n'est point parce qu'elle ne serait qu'une substitution non prohibée; c'est parce qu'elle n'est pas du tout une substitution. **Elle n'est qu'une donation entre-vifs ou un legs ordinaire;** et dès lors elle ne peut être valable qu'autant que le gratifié est conçu, lors de la donation, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, ou lors du décès du testateur, s'il s'agit d'un legs".

A doutrina italiana divide-se. Ricci é pela invalidade do fideicomisso **de resíduo**, pois lhe parece encerrar êle a obrigação de restituir e, pois, também a de conservar (Corso Teorico Prático di Dir. Civile, 3ª edição, 1923, v. 3º, n. 436 p. 965).

E com êle acompanham Borsari, Losana, Cuturi, Venezian e outros citados em Vitali, Delle Successioni ed. 1923, v. III, 254, nota.

As razões dêsse parecer assim as compreendia Vitali, liv. cit., loc. cit.: —

> "Le ragione che si adducono, sono precipuamente, che il concetto di destituire i beni che sopravanzano alla morte del **de cuius**, imâlica una disposizione condizionale che si verifica **post mortem**, e quindi una sostituzione fedecommessaria; che nel concetto della restituzione vi è inseparable quello di non poter disporre per testamento e in questo è voluto l'altro della conservazione; che un concetto diverso avrebbe per conseguenza di far considerare la disposizione di residuo comme quella che vien rimessa all'arbitrio del terzo, e perciò nella..."

Vitali segue orientação diferente, invocando além dos juristas italianos já citados, Fenarotti, Giorgi, Mattei, Vaccolini, Foschini, Tedeschi, Gianturco, Paternó della Biccoca.

Entende Vitali descaber, no caso, a proibição que fulmina o fideicomisso, por não se acharem os bens, no caso especial estudado, "sottrati dalla libera circulazione" (liv. cit. III, p. 256), como passa no fideicomisso verdadeiro e, como tal, proibido.

Assim, o caso do chamado fideicomisso de **resíduo** desconstitui argumento contra a razão inconvelível de inexistir **verdadeiro** fideicomisso com a faculdade de alienar irrestrita e incondicionadamente, sem a obrigação de conservar o bem gravado e restituí-lo ao segundo beneficiado em tempo próprio.

Tanto o chamado fideicomisso de resíduo não é verdadeiro e próprio fideicomisso, que o admite a doutrina dominante de países cuja legislação aboliu radicalmente a substituição fideicomissária.

De resto, nenhum traço, por mais delgado e tênue, aparece na cláusula denunciativo da existência do chamado fideicomisso **de eo quod supererit**, não se designando beneficiários do que acaso sobrasse de legados e deixas.

A invocação do **fideicomisso de resíduo** foi assim suscitada apenas para a demonstração de ser conciliável o fideicomisso com o **ius disponendi.**

Mas, d.v., desprevalece o argumento daí extraído, por não se tratar de verdadeiro fideicomisso, impossível de existir se ocorrer disponibilidade irrestrita e incondicionada da herança ou do legado.

O caso da consulta, nestes têrmos, não se ajusta absolutamente, à molda do fideicomisso e nem encerra substituição de qualquer espécie. A referência a **legítimos herdeiros** dos legatários da metade disponível do testador aparece **sòmente a propósito da possibilidade de aquisição de títulos com as vendas de certos bens**, o que de resto, segundo informações recebidas, nunca se verificou, por inocorrência das sobras eventuais aludidas no testamento

Pelo claro mandamento do testador "se as rendas provenientes dêsses títulos" (em que se convertessem os bens legados) "forem superiores às necessidades da subsitência dos seus possuidores (os legatários), então acumular-se o que exceder para o fim de converter-se, igualmente, em títulos de igual natureza, passando por sua morte, em plena propriedade, aos seus legítimos herdeiros, em partes iguais".

Passariam, assim, aos **legítimos herdeiros** dos legatários, em partes iguais, os títulos adquiridos com as rendas, se estas fôssem superiores às necessidades dos legatários.

Tais títulos não se adquiriram, por inocorrência de sobras e excessos.

A referência se manifestou em têrmos ociosos, caracterizadores de situação, que, sem êles, também ocorreria, desapresentando, às completas, o destaque, o realce, de uma nomeação de substituto de fideicomissários.

Não houve — ainda quanto a títulos jamais adquiridos com o excesso, jamais verificado, de rendas, — ocorrência de nomeação de segundo beneficiário, de substituição fideicomissária.

E foi apenas e sòmente com respeito aos títulos aludidos que se previu, de acôrdo com a lei, sua passagem aos herdeiros.

De-resto, a preocupação do testador quanto ao futuro dêsses herdeiros, não podia ser satisfeita com a simples passagem de títulos que podiam ser ou não adquiridos, mediante renda que podia ou não ser auferida a têrmos de deixar excessos.

Aquela preocupação se satisfaz com o determinar a inalienabilidade dos bens até a **maioridade daqueles herdeiros**, como tudo se ostenta na cláusula, interpretada com o devido respeito à veneranda vontade do testador.

Não houve, logo, substituição e, pois, substituição fideicomissária.

A par dêsse, como argumento aparece, inafastável: — a possibilidade (quando os netos do testador atingissem a maioridade) da venda incondicionada e irrestringida dos bens legados. O bem gravado é alienável, mas sob condição resolutiva, pois a propriedade do fiduciário é restrita e resolúvel.

A inalienabilidade do bem gravado, se efetuada incondicionadamente, é inconjungável ao dever, que pesa no fiduciário, de conservar e entregar aquêle bem **congruo tempore**.

O exemplo do fideicomisso **de resíduo** ou **de eo quod supererit** nada prova contra êsse asserto, à uma porque êle não constitui verdadeiro fideicomisso, isto é, o fideicomisso definido e disciplinado nos artigos 1.733 e seguintes do Código Civil, à outra porque nada se estabeleceu, na cláusula examinada, semelhável àquela figura jurídica.

É o que nos parece, sub censura.

Rio, agosto de 1961.

OROSIMBO NONATO

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal

USUFRUTO E FIDEICOMISSO — CONCEITO E DISTINÇÃO — ALIENAÇÃO DOS BENS PELO FIDUCIARIO — COISA JULGADA.

— O nomen juris dado pelo testador não caracteriza o direito que constitui, se não corresponde à configuração legal. Assim, quando o testador ordena a passagem de bens a outrem, por morte do primeiro nomeado, institui fideicomisso, embora empregue a expressão usufruto.

A substituição fideicomissária não se desfigura pelo fato de ser permitida, em nosso direito, a alienação dos bens hereditários recebidos pelo fiduciário. Como proprietário, tem o fiduciario o poder de dispor dos bens gravados, nos limites de seus direitos, isto é, de transmitir a propriedade resolúvel dêsses bens.

A situação jurídica decorrente de formal de partilha averbado, constituída pela interpretação dada à cláusula testamentária na sentença que pôs termo ao inventário, não pode ser modificada senão em processo contencioso.

PARECER

1 — Bens adquiridos por sucessão hereditária acham-se inscritos no registro imobiliário em nome de herdeiros qualificados como proprietários fiduciários consoante averbação feita à margem da transcrição por fôrça do reconhecimento judicial, em sentença de partilha, de que o testador constituira, sob o nome de usufruto, um **fideicomisso**.

Decorridos mais de trint'anos dessa decisão, um dêsses herdeiros pretende dispor dêsses bens, para aliená-los incondicionadamente, sob alegação de que a verba testamentária constitutiva do **fideicomisso** configurara uma simples **inalienabilidade temporária**, já extinta.

Sem forma nem figura de juízo, foi alterada, por simples despacho do Juiz, a situação jurídica dos bens fideicomitidos, convertendo-se o fideicomisso em inalienabilidade temporária. A tanto equivale, com efeito, a autorização para alienar irrestritamente tais bens.

2 — Evidentemente, a situação jurídica decorrente da formal de partilha averbada, constituída pela interpretação dada à cláusula testamentária na sentença que pôr têrmo ao inventário, não pode ser modificada senão em **processo contencioso**. Jamais em processo administrativo, sem audiência bilateral, por simples despacho. O próprio Juiz, — como estou informado, — remeteu os interessados às vias ordinárias, — na primeira vez que tomou conhecimento da impugnação feita pelos fideicomissários, sendo, assim, mais estranhável seu ulterior procedimento. Para tornar ineficaz o fideicomisso reconhecido há mais de trint'anos, que já produziu efeitos em relação a co-herdeiros, seria necessário anulá-lo em processo de jurisdição contenciosa de que emanasse ordem judicial para a retificação do registro. Pela forma usada para a alteração, não é possível obter-se o resultado alcançado a menos que não tenha valor o princípio constitucional de processo civil do "audiatur et altera pars". Trata-se, por conseguinte, de uma clamorosa aberração processual.

3 — Quando, porém, se viesse a confirmar a legitimidade dêsse processo teratológico de modificar situações jurídicas regularmente constituídas e consolidadas pelo tempo, ainda assim não seria possível justificar, substancialmente, a modificação, como se verá.

A cláusula testamentária a que se deu nova interpretação tem a seguinte redação:

> "Desejando garantir quanto em mim caiba e a lei me permite, o futuro de meus filhos de ambos os sexos, presentes e os que de futuro venha ainda a ter, os instituo herdeiros em usufruto da metade dos meus bens, os quais serão convertidos em apólices da dívida pública federal interna ou externa, ou quaisquer outros títulos externos, ou em imóveis situados nesta cidade, a juízo de meu testamenteiro e inventariante, e, se as rendas provenientes dêsses títulos forem superiores às necessidades da subsistência dos seus respectivos possuidores, então acumular-se-á o que exceder para o fim de converter-se, igualmente, em título de igual natureza e com o mesmo destino, passando **por sua morte em plena propriedade aos seus legítimos herdeiros** (o grifo é nosso) em partes iguais. Todavia êsses bens só poderão ser alienados depois de todos os meus netos atingirem a maior idade, por isso que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros".

4 — Qual a interpretação correta dessa verba testamentária?

Embora o testador haja denominado **usufruto** o direito que atribuiu a seus herdeiros, é manifesto o equívoco da qualificação jurídica. Constitui doutrina pacífica a de que o "**nomen juris**" dado pelo interessado não caracteriza o ato que pratica ou o direito que constitui, se

não corresponde à sua configuração legal. No caso o êrro na qualificação é patente. Jamais se duvidou de que o testador não constituiu um usufruto. É comum a confusão nos testamentos entre **usufruto e fideicomisso**. Conhecida a lição de **TEIXEIRA DE FREITAS**, nas anotações ao livro de GOUVEIA PINTO (Testamentos e Sucessões, pág. 327, § 230, n.º 1) "haverá fideicomisso sempre que o constituidor ordenar a passagem dos bens a outrem por morte do primeiro nomeado, embora em relação a êste fale em usufruto". Dispensável, assim, a demonstração de que empregou mal a denominação do direito conferido aos seus herdeiros.

Dúvida levanta-se, agora, quanto à caracterização como **fideicomisso**. Pretende um dos coherdeiros que os bens foram gravados com a cláusula de **inalienabilidade temporária**. São situações jurídicas diferentes, como se sabe. Interessa, pois, verificar se a pretensão dêsse herdeiro procede.

5 — O **fideicomisso**, entre nós, é uma espécie de **substituição**. Pertence, à categoria das substituições testamentárias **indiretas**, que se caracterizam pela **vocação sucessiva**. Na **substituição fideicomissária**, duas ou mais pessoas são chamadas a suceder, umas depois das outras. Há, em suma, um **pré-herdeiro** e um **post-herdeiro**. O Código Civil admitiu-a nestes têrmos:

> "Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio do fideicomisso, impondo a um dêles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se chama fideicomissário, a herança, ou o legado". — **Art. 1.733.**

A vista dessa disposição, tem-se admitido tranquilamente que há **substituição fideicomissária** tôda vez que a herança, ou legado, deva ser restituída a outro herdeiro, ou legatário, após certo tempo. Assim, tanto se configura quando é inequìvocamente expressa e devidamente qualificada na disposição testamentária como quando o testador determina que a propriedade dos bens deixados ao herdeiro passe, por sua morte ou com o advento de um têrmo ou implemento de uma condição, a outro herdeiro nomeado, ou simplesmente indicado.

Dêsse modo, "a instituição de herdeiro, condicionada ou pendente de um prazo", deve ser conceituada, segundo o ensinamento de BINDER (Derecho de Sucessiones, pág. 110, trad. espanhola, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1953) "como ordenação tácita de uma substituição fideicomissária de modo que a instituição sob têrmo final ou sob condição resolutiva há de ser entendida como uma substituição fideicomissária em favor dos herdeiros legítimos. Não é indispensável, como observa LACRUZ BERDEJO, nas anotações à obra de BINDER (pág. 113), que "o testador designe ao nomeado **expressis verbis**" como sucessor, — mas, sim, que, de sua disposição se depreenda inequìvocamente que o segundo chamado deve ser herdeiro." Esclarece adiante, mais incisivamente, que "a proibição absoluta de dispor da herança com a designação da pessoa a quem deve passar após a morte do primeiro instituído importa uma substituição fideicomissária. (Op. cit., pág. 113). Tal como se deduz da leitura da cláusula testamentária cuja interpretação foi modificada. O testador determinou que os bens deixados a seus filhos passassem, por morte dêstes, — aos seus legítimos herdeiros, em partes iguais (verba 31ª do testamento transcrito supra). Estipulou, portanto, uma **substituição fideicomissária**, segundo o entendimento dominante inclusive na doutrina nacional. Ensina ITABAIANA DE OLIVEIRA:

> "deve-se entender que a instituição é um fideicomisso quando o testador ordenar a passagem dos bens de outrem por morte do primeiro nomeado, embora em relação a êste empregue o vocábulo "usufrutuário". (Tratado de Direito das Sucessões, vol. 2.º, pág. 211, 3.ª edição, Livraria Jacintho, Rio, 1936).

É a regra de GOUVEIA PINTO, confirmada por TEIXEIRA DE FREITAS, que vem sendo observada na interpretação das cláusulas testamentárias suscetíveis de dúvida. Aceitam-na, além de ITABAIANA DE OLIVEIRA, que a transcreve na íntegra, FERREIRA ALVES e CARLOS MAXIMILIANO (Direito das Sucessões, vol. 3º, pág. 101, 4ª edição. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio, 1958).

PONTES DE MIRANDA, embora não apoie essa lição, é, no entanto, da mesma opinião, ao declarar:

> "Se o testador institui a **A** no **usufruto** de todos os bens, **passando**, por morte a **B**, na dúvida deve ter-se por **fideicomisso**, após as velhas controvérsias de WISSENBACHA, HENNEMANN, GLUECK, MUIHLENBRUCH". (Tratado dos Testamentos, vol. IV, n. 1672).

Trata-se, portanto, de norma interpretativa sufragada pela maioria dos tratadistas do Direito das Sucessões, norma que, no caso, não deve ser abandonada por não ocorrerem as circunstâncias que, no entender de MENDES PIMENTEL, aconselham a desprezá-la.

6 — Não obstante, poder-se-ia observar que, na cláusula testamentária sob exame, não teria havido instituição de herdeiro substituto. Conseqüentemente, não seria possível configurar o fideicomisso, visto que, no direito moderno, é uma espécie de **substituição**.

Não procede a observação. O testador declarou que os bens deixados a seus filhos deveriam passar aos legítimos herdeiros dêstes. Designou, por conseguinte, os substitutos. Quer se entenda a expressão **"legítimos herdeiros"** como sinônima de **"herdeiros necessários"**, quer se admita como compreensiva de todos os herdeiros que, por ordem, devem ser chamados a recolher a herança na sucessão **"ab intestato"**, a verdade é que o testador nomeou substitutos para seus filhos, em vocação sucessiva. Na **substituição fideicomissária**, a nomeação do herdeiro de segundo grau não precisa ser individualizada. É sabido que pode ser instituído herdeiro fideicomissário quem ainda não existe no momento da abertura da sucessão. Essa possibilidade tem sido, aliás, um dos argumentos mais convincentes a favor da conservação do fideicomisso. Ao se discutir o Projeto do Código Civil pretendeu-se a sua abolição dentre outras razões porque "não traz nenhuma vantagem, que não possa ser, igualmente, oferecida pelo usufruto" (Parecer da Comissão do Senado). BEVILAQUA responde, com vantagem, a essa increpação de inutilidade do instituto, mostrando que o fideicomisso corresponde a uma necessidade do direito, que o usufruto não pode satisfazer, pois, só por seu intermédio, pode o testador deixar a sua quota disponível para a prole eventual de seus filhos, ou de outras pessoas de sua estima (Código Civil comentado, vol. VI, pág. 207, 3ª edição, Livraria Francisco Alves, Rio, 1935).

Ora se o mecanismo do fideicomisso permite que sejam designados herdeiros não existentes por ocasião da morte do testador, nada impede que empregue a expressão genérica **"legítimos herdeiros"** para instituir, como **fideicomissários**, os filhos de seus filhos, **nascidos** ou por **nascer**.

7 — Nem se compreende a expressa referência aos **herdeiros legítimos** como uma declaração ociosa. Não pode ser meramente enunciativa porque, em verdade, o **"de cujus"** não tem o direito de restringir a **liberdade de testar** dos seus herdeiros senão através de **fideicomisso**, visto como, por êsse meio, institui herdeiros duplamente, chamando uns após outros. Como o **fiduciário** é herdeiro que tem a obrigação de entregar ao **fideicomissário** os bens gravados que recebe do testador, adquirindo, portanto, uma **propriedade resolúvel**, que se extingue com a sua morte, não pode por isso dispor dêsses bens por testamento. Nessa hipótese, não há que cogitar da **liberdade de testar**, por que a titularidade do direito de fiduciário é resolvida pelo implemento da condição, assumindo-a **automàticamente** o fideicomissário, herdeiro que é do **fideicomitente**. Em suma, devido ao próprio mecanismo do **fideicomisso**, o **fiduciário** não tem o direito de dispor **"mortis causa"** dos bens gravados. Mas, com a cláusula de **inalienabilidade** não é possível a conservação de bens para a sua entrega a determinadas pessoas. Quem quisesse atingir êsse resultado pelo seu emprêgo não poderia alcançá-lo, salvo se a lei permitisse que, **sem substituição**, o testador dispusesse sôbre a sucessão de seus herdeiros. Que não permite, é fora de dúvida.

8 — De fato. Figure-se a hipótese em que alguém deixa ao filho todos os bens gravados com a cláusula de **inalienabilidade** vitalícia. Nem por isso os **herdeiros necessários** dêsse filho recolherão inevitàvelmente a herança que ao pai deixou o avô. Metade dessa herança caberá aos netos desenganadamente, por isso que constituirá a **legítima** dêstes. Mas da outra metade, poderá o pai, — filho do testador que deixou os bens gravados de inalienabilidade — dispor livremente por testamento. A **inalienabilidade vitalícia** cessa com a morte do proprietário dos bens inalienáveis. Como o testamento é um ato que contém disposições destinadas a valer **"post mortem"**, o testador tem a liberdade de transmitir a qualquer pessoa os bens inalienáveis que se compreendem em sua **quota disponível**. É, portanto, lamentável equívoco supor, como pareceu a COLIN, que a **cláusula de inalienabilidade** envolve **substituição fideicomissária** quando vitalícia, sob o fundamento de que o testador manifesta sua intenção de fazer uma dupla transmissão de bens. A cláusula de inalienabilidade não pode **teòricamente** exercer essa função. Sua finalidade esgota-se na indisponibilidade do bem durante a vida do dono do bem gravado. Tem êle uma **propriedade restrita**, que, no entanto, não é **resolúvel**, como a do **fiduciário**. À vista do exposto, parece claro que não é possível interpretar como constitutiva de uma inalienabilidade vitalícia a cláusula testamentária que determina a passagem dos bens aos herdeiros legítimos do testador.

9 — Figure-se agora a hipótese de que todos os bens compreendidos na deixa tenham sido afetados de uma **inalienabilidade temporária**. Como conciliar essa interpretação com o disposto na mesma verba quanto à passagem dêsses bens aos herdeiros legítimos dos filhos do testador, ao falecerem? Extinto o ônus da inalienabilidade, os bens seriam restituidos à plena propriedade dos filhos do testador. Desapareceria, conseqüentemente, a possibilidade de passarem aos herdeiros legítimos, dêstes, salvo se espontâneamente deliberassem não aliená-los. Frustrada estaria, nessas condições, a vontade do testador, por que eliminado o obstáculo que opôs à alienação dos bens, para que, por morte dos filhos, passassem aos netos, como declarou categòricamente. A interpretação que conduz à assertiva de que fôra instituída uma **inalienabilidade temporária** parte, evidentemente, do critério desaconselhável de isolar-se, para enfatizar, um trecho da verba testamentária, que ao contrário, deve ser examinada em conjunto. Tal interpretação não se coaduna sequer com a tese preconcebida da "declaração enunciativa", referente à passagem dos bens aos legítimos herdeiros, por que não faz sentido cogitar-se dessa passagem se a inalienabilidade cessa em vida do proprietário.

10 — Admita-se, demais disso, que a expressão **"herdeiros legítimos"** não coincide com **"herdeiros necessários"**. Os filhos do testador que filhos não tivessem e viessem a falecer em idade de tê-los seriam obrigados a deixar os bens para os irmãos, os quais deveriam ser considerados seus legítimos herdeiros, por incluídos como estão na ordem da vocação hereditária. Chegar-se-ia, então, ao seguinte absurdo: por que estaria obrigado a, por morte, passar os bens para os herdeiros legítimos, êsse proprietário de bens temporàriamente inalienáveis, que não tem herdeiros necessários, ficaria privado da liberdade de dispor dos mesmos **"mortis causa"**.

11 — Bem é de ver, à vista do exposto, que a declaração relativa à passagem dos bens não pode ser interpretada como simples referência ao que já está assegurado na lei. Tal exegese caberia, se os bens tivessem sido deixados sem qualquer gravame. Seria, então, uma superfetação, inútil, inclusive, diante da possibilidade de serem dissipados. Desde, porém, que o testador os gravou, com a preocupação, expressamente manifestada, de que desejava garantir o futuro dos filhos, não é possível deixar de reconhecer a sua intenção de que êstes conservassem os bens recebidos, para entregá-los aos netos. Dúvida não há, dêsse modo, que foram instituídos fideicomissários, isto é, herdeiros chamados a suceder após os filhos. A **"ordo sucessivas"** foi estabelecida sob a forma que BINDER qualifica de **ordenação tácita**.

12 — Mas, contra a interpretação que vê na cláusula testamentária a constituição de um **fideicomisso** pode-se objetar que o testador permitiu a alienação dos bens gravados depois que todos os seus netos houvessem atingido a maioridade. Realmente, essa autorização consta da verba. Argui-se, em conseqüência, que a faculdade de dispor incondicionadamente dos bens gravados revela a inexistência de fideicomisso por isso que o direito do fiduciário é limitado por uma condição resolutiva. Por definição, o fiduciário é obrigado a transmitir ao fideicomissário a herança, ou o legado.

Consequentemente, não tem o direito de dispor dos bens senão com a sua limitação no tempo. Desde que pode fazê-lo não haverá fideicomisso.

O argumento impressiona à primeira vista. Mas não resiste a uma análise em conjunto da cláusula.

Cumpre examinar, porém, primeiramente, se, em tese, a permissão de alienar, dada pelo testador ao fiduciário, descaracteriza o fideicomisso.

13 — A **substituição fideicomissária** configura-se pela reunião de três elementos: 1 — a **dupla vocação**; 2 — a **obrigação de conservar e restituir**; 3 — a **ordem sucessiva**..

Observa COSATTINI que, em verdade, os três elementos reduzem-se ao segundo, porque a **dupla vocação** e **obrigação de conservar e restituir** são aspectos diversos do mesmo fato, e a **ordem sucessiva** é uma conseqüência da obrigação de restituir. (Sostituzione fedecomissária, in Nuovo Digesto Italiano, vol. XII, pág. 639). Realmente, pelo fato de existir a obrigação de conservar e restituir, também existe, necessàriamente, a dupla vocação, e os bens, objeto da substituição, devem pertencer sucessivamente a duas ou mais pessoas (COSATTINI, verbete citado). Tal obrigação constitui, com efeito, o elemento central de caracterização da substituição fideicomissária, mas, como se verá a seguir, não deve ser tomada ao pé da letra para a configuração do instituto.

14 — No rigor da lógica, a conseqüência imediata da **obrigação de conservar e restituir** seria a proibição absoluta de alienar, imposta ao **fiduciário**. Uma vez que recebe bens hereditários para, mais adiante, entregá-los a outrem não é possível admitir, em princípio, que tenha o direito de aliená-los. Mas, a posição jurídica do **fiduciário** é a de um **proprietário**. O próprio Código Civil a declara inequìvocamente, ao estatuir, no artigo 1.734, que o fiduciário tem a propriedade da herança, ou legado, mas restrita e resolúvel. Se **proprietário** não fôsse, tendo, pois, um direito sôbre coisa própria, o **fiduciário** não se distinguiria do **usufrutuário**. Ora, como proprietário, o fiduciário tem o **poder de dispor** dos bens gravados, nos limites de seu direito, isto é, de transmitir a propriedade resolúvel dêsses bens. Êsse limitado **poder de disposição** foi muito bem fixado por BARBERO ao criticar o artigo 695 do Código Civil italiano, mostrando que, se a **propriedade temporária** do fiduciário é inalienável além do seu limite no tempo, isso não significa que também seja inalienável dentro dêsse limite. (Sistema istituzionale del Diritto Privato Italiano, vol. II, pág. 867, 4.ª edição, U.T.E.T., Turim, 1955). Enfim, é ponto pacífico que o fiduciário desfruta dêsse limitado poder de dispor. Isso significa, portanto, que a **obrigação de conservar e restituir** não impede, em **têrmos absolutos**, a alienação, pelo fiduciário, dos bens que deve restituir ao fideicomissário.

15 — Dir-se-á, porém, que o instituto não se descaracteriza com essa possibilidade por que o **poder de alienar**, admitido com essa limitação, é condicionado e não elide a restituição dos bens ao **fideicomissário**. É correto, mas prova que a inalienabilidade não é um corolário inevitável da **obrigação de conservar** e que, em conseqüência, a substituição fideicomissária não se desfigura pelo fato de ser permitida, em nosso Direito, a alienação dos bens hereditários recebidos pelo **fiduciário**.

Há, no entanto, **fideicomissos**, nos quais o poder de alienar é admitido incondicionadamente. O **fideicomisso de resíduo**, está nesse caso, pois se caracteriza, precisamente, pela obrigação de **restituir** o que não houver sido **alienado** ou consumido. A doutrina tem admitido que, na hipótese, há uma dupla vocação, existindo a obrigação de restituir dissociada da obrigação de conservar. O fiduciário tem, por isso, ampla liberdade de alienar os bens recebidos, só estando obrigado a restituir o que existir ao tempo de seu óbito. É verdade que perduram dúvidas a respeito da qualidade dessa deixa, mas a sua natureza fideicomissária é admitida por muitos embora por outros contestada (CARLOS MAXIMILIANO, CARVALHO SANTOS). O fato de se reconhecer, como substituição fideicomissária, o chamado **fideicomisso "de eo quod supererit"** comprova, também, que a inalienabilidade dos bens do fiduciário não é uma **condição "se ne qua non"** para a caracterização do fideicomisso, a ponto de se poder afirmar que a possibilidade de alienar impede terminantemente a interpretação de verba testamentária como constitutiva de uma substituição fideicomissária. O Código Civil alemão o admite, permitindo ao testador dispor que o fiduciário terá o direito de livre disposição da herança (art. 2.137, 2, — v. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. Tratado de Derecho Civil, tomo V, II, Derecho de Sucesiones, pág. 116, trad. espanhola. Bosch. casa editorial, Barcelona). É a figura que BINDER qualifica de **substituição fideicomissária-liberada**, pela qual o testador concede ao pré-herdeiro **(fiduciário)** a máxima liberdade de ação permitida (Derecho de Sucesiones, pág. 236, trad. espanhola, Labor S.A. Barcelona, 1953). Se é certo, pois que ordinàriamente a obrigação de restituir impede o exercício do poder de disposição, a autorização do testador ao fiduciário para que aliene, após o decurso de certo tempo, os bens deixados poderia **quando muito**, ser interpretada como instituição de um **fideicomisso de resíduo**, face à sua determinação, na mesma cláusula, de que os bens deveriam passar aos herdeiros legítimos dos contemplados, em partes iguais. Jamais, como **inalienabilidade temporária**, pura e simples.

16 — Mas, em verdade, instituiu um fideicomisso comum. É o que depreende claramente da interpretação da cláusula testamentária segundo a regra do artigo 1.666 do Código Civil, que reza:

> "Quando a cláusula testamentária fôr suscetível de interpretação diferente, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador".

Aplicando-se êsse preceito, — que é um comando jurídico ao Juiz —, na interpretação da verba testamentária em exame, o intérprete chega à conclusão inevitável de que encerra uma **substituição fideicomissária**. Por seu contexto, examinado em conjunto, repele a impressão de que teria determinado apenas a **inalienabilidade temporária** dos bens legados aos filhos, oriunda de trecho da mesma cláusula.

17 — Qual foi, efetivamente, a **"voluntas testatoris"**?

Desenganadamente, a de garantir o futuro dos filhos, e, de modo particular, das filhas. Para manifestar êsse propósito, usou de expressões inequívocas e enfáticas. Eis os termos que empregou:

> **"Desejando garantir quanto em mim caiba e a lei me permite, o futuro de meus filhos de ambos os sexos, os instituo herdeiros em usufruto da metade dos meus bens..."**

Não satisfeito em prender êsses bens, sob a qualificação imprópria de usufruto, impedindo que os filhos os malbaratassem, o testador determinou ainda, para maior segurança, que fôssem convertidos em títulos ou imóveis. Está caracterizada por forma tão incisiva a sua intenção de que tais bens se conservassem no pa-

trimônio dos filhos, proibida a sua alienação, mesmo condicional, por tôda a vida. Tanto, que determinou passassem êles, **em plena propriedade,** — aos legítimos herdeiros dos filhos.

Sente-se a sua preocupação de evitar que os filhos, recebendo a vultosa herança, não soubessem conservá-la, vindo a dissipar a fortuna recebida. Há, mesmo, nas cautelas tomadas pelo testador, uma ponta de desconfiança quanto à capacidade ou ao equilíbrio dos filhos de gerir o patrimônio que lhes deixava. Mas do que a futura condição dos prováveis netos, o que preocupava era a situação dos filhos, o que o alarmava era a idéia de que viessem a jogar fora o que para êles conseguira em tantos anos de labor. O que quis, em suma, foi garantir, **quanto possível,** o futuro dos filhos, obrigando-os a conservarem os imóveis e títulos, que lhes dariam, pelos rendimentos produzidos, o necessário para viverem ao abrigo da adversidade. Até no pormenor da conversão dos bens em imóveis e títulos da dívida pública federal percebe-se o seu propósito de consolidar a garantia do futuro dos filhos, sabido que são bens cuja posse oferece maior segurança.

Ora, quem revela essa preocupação, quem a manifesta por forma tão categórica, quem declara que quer assegurar o futuro dos filhos pelo modo mais enérgico em direito permitido, que, se refere a usufruto para significar que não quer dar aos filhos a plena propriedade dos bens, quem, em última análise, quer prender os bens hereditários, não pode, sensata e lògicamente permitir que, após certo tempo, todos êsses bens estejam livres, podendo os filhos aliená-los a seu bel-talante. A contradição é tão flagrante, tão manifesta, tão chocante, que não há como admitir tenha sido solenizada. Seria, com efeito, um disparate obrigar os herdeiros a conservar os bens para transmití-los **"mortis causa"** a outros e, ao mesmo tempo autorizá-los a alienar êsses bens tanto que os netos atingissem a maioridade. Contra-senso manifesto porque: 1.º — o desejo de garantir o futuro dos filhos, pela forma adotada não se coaduna com a liberação dos bens gravados no momento em que os netos atingem a maioridade; 2.º — a determinação de que os bens passem aos herdeiros legítimos dos filhos por morte dêstes não se concilia com a faculdade de dispor livremente dêsses bens a partir dessa maioridade, dado que ordenou essa passagem em relação a todos os bens e não apenas ao resíduo.

18 — Impossível, assim, admitir-se a interpretação segundo a qual o testador teria instituído simplesmente a **inalienabilidade temporária** da herança. Se ainda se tratasse de **inalienabilidade vitalícia,** poder-se-ia aceitar que a interpretação se ajustaria à vontade do testador, pressupondo, como está, que a sua principal preocupação era garantir o futuro dos filhos e secundàriamente, o dos netos. Mas **inalienabilidade temporária** não se casa de modo algum com a vontade do testador. Admitir, pois, que todos os bens referidos na 3ª cláusula do testamento estão sujeitos apenas a uma inalienabilidade temporária é descumprir a norma do art. 1.708 do Código Civil, pois não prevalecerá a interpretação que melhor assegure a observância da vontade do testador.

19 — Como entender-se, então, a frase da vossa testamenteira de que o testador ordenou que os bens poderão ser alienados depois de todos os meus netos terem atingido a maioridade?

Quando leiamos, bem versa do testamento, que a conversão de que não estarão sujeitos os rendimentos provenientes para dos primia. Refere-se o testador com efeito à metade dos seus bens e às **rendas, provenientes dos bens** em que forem convertidos — distinguindo-os claramente. Os primeiros são clausulados irrestritamente sob a imprópria denominação de usufruto. As rendas, porém, dos títulos em que fôssem convertidos os bens da quota disponível só seriam acumuladas, para se converterem em títulos igualmente gravados, no caso de serem superiores às necessidades da subsistência de seus respectivos possuidores. São coisas distintas, embora a conversão dos rendimentos em títulos da mesma natureza se devesse efetuar para que êsses bens tivessem o mesmo destino. Uns e outros deveriam passar aos legítimos herdeiros dos filhos do testador por morte dêstes. Sujeitam-se, por conseguinte, ao mesmo regime. Significa isso, todavia, que tanto uns como outros podem ser alienados depois de todos os netos do testador terem atingido a maioridade?

Evidentemente, não. Torna-se imperioso distinguir duas ordens de interêsse do testador. O interêsse pelos **filhos** e o interêsse pelos **netos. O interêsse pelos filhos,** condensado no desejo de lhes garantir o futuro, externar-se-á por duas providências: a) — a clausulação da metade dos bens; b) — a conversão dêsses bens em títulos ou imóveis, a juízo do testamentário. Além disso, o receio de que os rendimentos dêsses bens proporcionassem aos filhos recursos que lhes permitissem vida ociosa, levou o testador a determinar que o excedente do necessário à mantença dos filhos também fôsse convertido em imóveis ou títulos, com o mesmo destino. Quis, assim, fortalecer o patrimônio formado para garantir o futuro dos filhos. Mas, em seguida, passou a se preocupar com os **netos,** declarando, então, textualmente após ter determinado a **conversão dos rendimentos excedentes** em títulos:

> **"êsses bens só poderão ser alienados depois de todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros."**

Que bens? Todos os que constituiam a metade de acervo hereditário, convertido, ou não, em imóveis ou títulos da dívida pública? Apenas os títulos em que tenham sido convertidos ou as rendas superiores às necessidades de subsistência dos filhos do testador?

20 — O emprêgo do pronome adjetivo "êsses" pode levar à suposição de que a referência é feita a todos os bens, quer os da metade clausulada, quer os oriundos da conversão das rendas em títulos. Mas, se gramaticalmente a limitação a êstes últimos exigiria que a êles se reportasse usando "êstes" em vez de "êsses", lògicamente não se pode dar essa interpretação. O testador gravou os bens da metade disponível para garantir o futuro de **seus filhos.** Isso está dito inequivocamente. Quando, porém, se preocupa com a sorte dos **netos,** declara que o rendimento dos bens se destina especialmente à educação e subsistência dos mesmos. Ora, se a clausulação dos bens da quota disponível tem como finalidade assegurar o futuro dos filhos, o rendimento dêsses bens não poderia ser destinado, mesmo especialmente, à educação e subsistência dos netos. Porque é meridianamente claro que não se garante o futuro de filhos assegurando a educação e subsistência de netos até a maioridade e permitindo que ocorrido esse fato, os filhos possam livremente alienar os bens que

rantir o futuro, bens que devem restituir, com a morte, aos seus herdeiros legítimos. De duas uma: ou o testador quis realmente garantir o futuro dos filhos, obrigando-os a conservar, por tôda a vida, os bens que lhes deixava, ou quis apenas assegurar aos netos educação e a referência ao futuro dos filhos, à conversão subsistência até que o mais novo atingisse a maioridade. Se o seu objetivo fôra o de amparar netos enquanto menores não se justificaria dos bens em imóveis e títulos, a determinação para que os bens tais passassem aos herdeiros legítimos dos filhos, por morte dêstes. Êsse propósito seria alcançado independentemente da limitação enérgica e extensa que estatuiu para a metade dos bens.

21 — Note-se ainda que, em relação a tais bens, determinou que fôssem convertidos em **títulos** ou **imóveis**, a juízo do testamentário e inventariante. Mas, em relação às **rendas** excedentes, ordenou que fôssem acumuladas e convertidas em **títulos de igual natureza.**

Foram dêsses **títulos** que o testador permitiu a **alienação**, depois de todos os seus netos atingirem a maioridade, por isso o seu **rendimento** foi destinado especialmente à educação e subsistência dos netos. Por outra palavras: o testador deu **destinação específica** aos rendimentos provenientes dos **títulos** adquiridos com o capital acumulado em razão de serem superiores às necessidades dos filhos os rendimentos obtidos da posse dos títulos em que houvessem sido convertidos os bens da metade disponível.

É justamente, precisamente, intuitivamente, porque os títulos adquiridos com as rendas excedentes tinham por fim produzir renda com a destinação específica de prover à subsistência e educação dos seus netos, que o testador autorizou a sua alienação tanto que seu rendimento não mais fôsse necessário ao fim a que estava especificamente destinado, isto é, desde o momento em que êsses netos, atingindo a maioridade, não precisavam mais de ser sustentados e educados pelos pais. Êle, que prendera todos os bens, que determinara até a inalienabilidade de rendimentos, entendeu que era razoável **liberar** os bens (**títulos**) destinados especialmente ao fim referido, logo que não se justificasse mais a inalienabilidade por se ter esgotado a destinação.

22 — Não há como entender-se de outro modo a parte final da verba 31.ª do testamento. Aí, sim, pode-se falar em **inalienabilidade temporária**, imposta como é pela própria finalidade que serviu de causa à limitação do poder de dispor.

Pouco importa que a vontade do testador não tenha sido cumprida na parte em que determinou a conversão das rendas excedentes nos títulos destinados a assegurar a subsistência e a educação dos netos. Era difícil, realmente, senão impraticável, dividir a renda dos bens gravados separando a parte necessária à manutenção dos fiduciários da que fôsse superior ao atendimento dessa necessidade. Mas nem por isso se pode inferir que a permissão para alienar, depois de certo tempo, os títulos adquiridos para essa destinação, alcança os outros bens clausulados para fim diverso. Seria aplicar-se o princípio da interpretação extensiva a uma disposição que abre exceção à regra da inalienabilidade adotada na verba pelo testador até pelo emprêgo impróprio do vocábulo **usufruto.**

23 — Não há, por conseguinte, como admitir a interpretação que vê na cláusula 31.ª do testamento a instituição de simples **inalienabilidade temporária** de todos os bens que compreende. A êsse resultado não se pode chegar aplicando-se os princípios incontestáveis que devem ser observados na exegese das disposições de última vontade. Ensina **VENEZIAN** que:

> "quando o intérprete de um ato acredita razoàvelmente que foi inspirado por um pensamento claro e resoluto, seu ofício se limita a descobrir êsse pensamento, e deve cumprí-lo argumentando sempre com rigorosa indução das frases do texto ou das circunstâncias que concorreram em sua redação" (**Usufruto, uso y habitacion**, t.I, pag. 288, trad. espanhola, Lib. Gen. Victoriano Suarez — Madrid, 1928).

Na interpretação da cláusula testamentária em foco, verifica-se, até por sua primeira leitura, que foi inspirada por um pensamento claro e decidido. O testador expressou-o categòricamente tomando tôdas as cautelas para prender os bens como meio de assegurar o futuro dos filhos. Pensamento que traduziu resolutamente em expresões que não comportam dúvida. Disse, com efeito, que desejava garantir o futuro dos filhos **quanto em si coubesse e a lei lhe permitisse.** Para torná-lo efetivo, instituiu-os herdeiros em **usufruto**, isto é, determinou que a plenitude do domínio dêsses bens ficasse suspensa, limitando o direito dos herdeiros ao uso e gôzo dêsses bens para que, dos mesmos, não pudessem dispor. Querendo que a indisponibilidade dos bens, assim disposta durasse por tôda a vida dos herdeiros, obrigou-os a restituí-los, por morte, aos seus legítimos herdeiros, instituindo, na realidade, um **fideicomisso**, através do qual também se cumpre o seu propósito de obrigar os filhos a conservar a herança. Das frases do texto induz-se, necessàriamente, que seu pensamento foi impedir que os filhos se desfizessem dos bens recebidos, conservando-os por tôda a vida. Não há, portanto, artifício de raciocínio que possa convencer que o autor dessa verba testamentária tenha se limitado a restringir **temporàriamente** a disponibilidade de tais bens, permitindo que, a partir de certo momento, um filho estróina pudesse dilapidar o patrimônio herdado.

24 — Ainda, porém, que se pudesse supor que a cláusula testamentária é expressão de uma vontade vacilante, a reconstrução do processo mental que conduziu àquela manifestação, aconselhado, na hipótese, pelo mesmo **VENEZIAN**, levaria o intérprete ao convencimento de que o testador quis prender os bens da herança, proibindo que os herdeiros os alienassem, pois, de outro modo, não se cumpriria o seu propósito de garantir-lhes o futuro.

25 — Em face do exposto, tenho como incontestável que a **posição jurídica** dos filhos do testador é a do **fiduciário**. Consequentemente, os atos de alienação que podem praticar serão sempre, como diz excelentemente **CLOVIS BEVILAQUA**, a projeção e terão sempre a duração do seu direito. Têm **a propriedade restrita e resolúvel** dêsses bens, e não a plenitude do domínio. Em suma, os bens deixados pelo testador, compreendidos na cláusula testamentária em exame, **não estão liberados.** Não são bens que estivessem gravados de uma inalienabilidade temporária e hajam reconquistado a sua plena disponibilidade, mas, sim, bens cuja propriedade se resolverá com a morte dos herdeiros de primeiro grau instituídos pelo testador, estejam em poder dos mesmos ou de quem quer que seja.

É o meu parecer, s.t. c.

Junho, 1961

ORLANDO GOMES — Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia.

IMPÔSTO SÔBRE A RENDA — CESSÃO DE DIREITOS QUAISQUER DA CÉDULA H — LUCROS E OCUPAÇÕES LUCRATIVAS — CONCEITO "ESTREITO" E "LARGO" DE RENDA.

— A cessão de direitos de pesquiza ou de lavra de minérios celebrada eventualmente por pessoa física que não se dedica profissionalmente à descoberta de jazidas ou minas, nem adquire em carater habitual ou profissional tais direitos para especular com êles, transferindo-os a empresas ou a outros especuladores, não constitui "operação lucrativa" do art. 10 do Dec. 47.373, de 7/XII/59, nem a "atividade profissional" do art. 14 da Lei n.º 3.470, de 28/XI/958.

A quantia correspondente à cessão dos direitos, nesse caso, não é lucro, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista das leis e regulamentos do impôsto sôbre a renda. Poderá ser considerada um rendimento à luz do conceito largo de renda, mas tal rendimento, no caso da consulta, no Brasil, hoje, não sujeito ao impôsto do art. 10, inciso f, do Regulamento do Dec. 4.373.

PARECER

I. O FATO GERADOR

1 — O problema reside em saber-se se está sujeito ao impôsto de renda na cédula H, como lucro líquido da pessoa física, o valor da cessão dos direitos de pesquisa ou lavra de minérios feita por quem não exerce a atividade profissional de obter tais direitos e cedê-los a terceiros.

Trata-se, pois, de verificar-se se, na hipótese, cabe a aplicação do Regulamento do Impôsto de Renda, tal como hoje vigora na redação do Dec. n.º 47.373 de 7-12-1959, que dispõe no

> "Art. 10 — Na cédula H serão classificados os rendimentos de tôdas as **ocupações lucrativas** não incluídos nas cédulas anteriores, inclusive:
>
> "a) .....
>
> " .....
>
> "f) as quantias correspondentes aos lucros líquidos que decorrerem da cessão de direitos quaisquer, excetuados os lucros sujeitos ao impôsto previsto no art. 8º (Lei 154, art. 12 § 2.º; Lei n. 3470, art. 4.º § 3.º):"

Êsse dispositivo está correlacionado com o art. 14 da Lei n 3470, de 28 de novembro de 1958:

> "Art. 14 — Na cédula H será permitida a dedução das seguintes despesas:
>
> "a) .....
>
> "b) as despesas relacionadas com a **atividade profissional** no decurso do ano de base e necessárias à percepção do rendimento e **à manutenção da fonte produtora**".

2 — Tornou-se lugar-comum na doutrina e jurisprudência brasileiras e encontrou consagração no Projeto do Código Tributário Nacional a noção européia de que a obrigação fiscal resulta do "fato gerador", isto é, dum conjunto de fatos definidos em lei a fim de sujeitar alguém ao pagamento dum tributo à pessoa de Direito Público competente para decretá-lo. Aliás, é melhor dar à palavra a GASTON JÈZE, cuja lição popularizou êsse conceito em nosso país:

> "Para cada impôsto determinado, e para cada contribuinte, o fato gerador do impôsto pode ser definido, de maneira precisa, como segue: — é a reunião, em um **indivíduo determinado**, de tôdas as condições enumeradas pela lei orgânica dêsse impôsto para que os agentes do lançamento exerçam sua competência (obrigatória) de decidir que êsse indivíduo é devedor, perante o fisco, de tal importância em dinheiro, a título de tal impôsto". ("O Fato Gerador do Impôsto", na Rev. Forense, v. 104, pág. 36 e segs.).

E o financista ilustre, reputado o maior dos franceses, compara o fato gerador do tributo ao fato delituoso que possibilita a competência do juiz criminal.

3 — Procuremos, então, qual o conjunto de fatos que geram a obrigação tributária da cédula H, no caso do art. 10, inciso f, do Regulamento 47.373 combinado com o art. 14 da Lei 3.470 de 1958, ambos acima transcritos. Necessàriamente, o fato gerador, nessa hipótese, há de reunir os seguintes elementos expressamente consignados nesses dois dispositivos:

> a) exercício de "ocupação lucrativa" (art. 10 do Regul.) ou de **atividade profissional** no ano base, isto é, no anterior ao exercício financeiro em que se exige o impôsto (art. 14, b, da Lei 3470);
>
> b) efetivação de **lucro líquido** no exercício dessa "atividade profissional" ou "ocupação lucrativa", tendo como objeto a cessão de quaisquer direitos, exceto os de promessa de compra-e-venda de imóveis (art. 10 f do Reg. e art. 4 § 3.º da Lei 3470.

4 — "Atividade profissional" ou "ocupação lucrativa" entende-se o emprêgo do trabalho humano em caráter permanente ou durável na obtenção de resultados definidos e com o propósito da obtenção de proventos. Não há atividade profissional quando o agente pratica atos esporádicos ainda que de iniludível conteúdo econômico, como trabalhar ocasionalmente ou vender, por exceção, coisa por êle comprada ou produzida. João não exerce atividade profissional nem ocupação lucrativa, porque revendeu o refrigerador ou automóvel, que lhe não convinha mais, ou cedeu ao amigo a locação da casa. Diferente será o caso de quem procure, para revender, nas residências, refrigeradores ou automóveis usados ou lê nos jornais os anúncios sôbre essas coisas e as adquire para revenda e ganho.

No caso do inciso f, a cessão é apenas caso especial dentre o gênero das "ocupações lucrativas" do **caput** do art. 10 do Regulamento 47.373, tanto mais quanto o inciso b do art. 14 da Lei 3 470 se refere à "atividade profissional no decurso do ano de base". Logo, o legislador expressamente alvejou a atividade permanente empregada numa fonte que assegura proventos com repetição periódica e regular, um e outro elementos do chamado conceito **estreito** da renda.

II. CONCEITO "ESTREITO" E "LARGO" DE RENDA

5 — Poucos conceitos econômicos e financeiros se apresentam tão vivamente controvertidos, em quase dois séculos, quanto o de renda. Desde ADAM SMITH, em 1776, esta foi definida, quando líquida, como aquilo que resta aos indivíduos, para guardar ou consumir e gozar, sem diminuir o capital, depois de dedu-

zidas as despesas de manutenção: "the net revenue, — what remains free to them after deducting the expense of maintaining, first, their fixed, and, second, their circulating capital; or what without encroaching on their capital they can plan in their stock reserved for immediate consumption, or spend upon their subsistence, conveniences, and amusements". ("Wealth of Nations", 1.II, cap.II. sec.5). Ou na forma sucinta de MALTHUS: "that portion of the stock or wealth, which the possessior may annually consume without injury to his permanent resources".

Essa concepção se espraiou pelos escritores alemães do séc. XIX e até pelos franceses quando o impôsto sôbre a renda se implantou na Alemanha e, neste século, na França. Assim, para ALLIX e LECERCLÉ, JÈZE e outros a renda era o atributo periódico e regular duma fonte permanente, com a qual não se confundia. Tinha como elementos, segundo aquêles economistas germânicos a **fonte**, a **periodicidade**, a **regularidade** — (**Periodizäts — Quellen —, Regelmässigkeit — Ertragskathegorien**). Constituem êsses elementos a teoria "estreita" da renda e inspiraram muitos legisladores fiscais.

6 — Opõe-se a ela a teoria "larga" da renda, da qual foi mais conspícuo porta-estandarte GEORGE SCHANZ, em 1896, no **Finanz Archiv**. É considerado "a mais importante contribuição à literatura geral sôbre a matéria" e define **renda** como o acréscimo de valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos, isto é, o início e o fim dum período, como, p. ex., o ano, ou, como diz HAIG, outro adepto dessa teoria: "Income is the money value of the net accretion to one's economic power between to points in time".

A discussão dêsse tema estende-se através de décadas e dela oferece erudito resumo HENRY C. SIMMONS, que define a renda pessoal num período como a soma algébrica dos direitos exercidos sob a forma de consumo a preços de mercado e do acréscimo do valor do acervo dos direitos de propriedade entre o começo e o fim do mesmo período:

"Personal income may be defined as the algebraic sum of (1) the market value of reghts exercised in consumption and (2) the change in the value of the store of property rights between the beginning and end of the period in question. In other words, it is merely the result obtained by adding consumption during the period to wealth at the end of the period and then substracting "wealth" at the beginging". (SIMMONS, "**Personal Income Taxation — the definition of income as a problem of Fiscal Policy**". — Univ. of Chicago, 1938, pág. 50. Resumo claro dos conceitos teóricos de renda faz RUBENS G. SOUZA, em "L'Evolution de la notion de revenu imposable", no "Archivio Finanziario", v. II, 1951. págs. 119-128).

Minha renda é, assim, o que gastei (direitos exercidos como consumo) mais o crescimento de meu ativo (acêrvo de meus direitos de propriedade), tudo no curso dum período, como um ano.

7 — Os legisladores no mundo contemporâneo, ora usam de um, ora do outro dêsses dois critérios. Nos lucros das pessoas físicas em operações imobiliárias (art. 92 do Regul.), p. ex., o Brasil recorreu ao conceito **largo** da renda, ao passo que, nas cédulas da pessoa física, preferiu a concepção clássica ou estreita da **fonte**, **periodicidade**, **emprêgo da atividade** do contribuinte na gestão dessa fonte, seja ela, a propriedade ou a profissão.

É o que se vê no art. 10, do Regulamento, inclusive no inciso f combinado com o art. 14 da Lei 3.470. A fonte é a atividade profissional vinculada à posse do direito, cuja cessão se prevê. O art. 14, inciso b, da Lei 3.470, menciona expressamente: "a manutenção da **fonte**" de referência à cédula H.

Parece-me fora de dúvida, pois, que na cédula H, como aliás em tôdas as outras, o legislador brasileiro adotou o conceito **estreito** da renda, subordinando o fato gerador do tributo à existência da fonte operada pela atividade permanente ou, pelo menos, duradoira do contribuinte no ano base. Em contraste, na tributação das pessoas jurídicas em geral, assim como na das pessoas físicas quando logram lucros, em operações imobiliárias, prevaleceu o critério **largo**, a diferença do valor no início e no fim de determinados períodos.

Em tôdas as teorias sôbre a renda — e seria não só longo mas inútil a esta análise sumária enumerá-las aqui — quer clássicas, quer contemporâneas, há um elemento comum, assinalado por NAPOLITANO: — **a riqueza nova**. Tôda renda representa acréscimo de riqueza, seja o aumento físico do patrimônio, seja sua expressão em moeda sem incremento físico, ou seja maior disponibilidade de serviços que as coisas nos proporcionam, isto é, o conceito de IRVING FISHER: "In reddito è ricchezza nuova per il soggetto al quale affluisce" (LUIGI NAPOLITANO, "Il reddito nella Scienza delle Finanze e nel Diritto Tribut. Ital.", Milão, Guiffré, 1953, pág. 29).

Mas, nem tôda riqueza nova adquirida gratuita ou onerosamente pelo indivíduo é renda legalmente tributável. No Brasil não é renda o uso da casa pelo proprietário, nem vários dos "**capital gains**" e "**windfall**" que os Estados Unidos tributam, como, por ex., a revenda de apólices públicas ou ações de sociedades anônimas por preço superior ao da aquisição (**bonds** e **stocks**). O legado é renda no sentido econômico, segundo as teorias "largas" de SHANZ, HAIG, SIMMONS e outros, mas não é tributável como rendimento nas legislações contemporâneas, que preferiram submetê-lo ao impôsto específico de herança.

8. Daí a procedência da afirmação de RUBENS G. SOUZA, desafiando o risco da tautologia: "impôsto de renda é aquêle que atinge o que a lei definiu como rendimento" ("Archivio Finanziario", v. II, p. 118, cit.). O que a lei definiu como rendimento e só isso, nos têrmos e dentro dos limites do fato gerador.

Sem sombra de dúvida, se compro uma jazida ou o direito de lavrá-la por 10 e revendo por 20, há renda no conceito largo dêste, pois contàbilmente a segunda quantia é maior do que a primeira e houve aquela **riqueza nova** realçada por NAPOLITANO. Mas só será jurìdicamente tributável se a lei o decretar de modo positivo e inequívoco.

Na legislação do Brasil, a cessão do direito a que se refere o art. 10, inciso f do Dec. 47.373, combinado com o art. 14 da Lei 3.470 só está sujeita ao impôsto de renda se constituir "ocupação lucrativa" ou "atividade profissional", como **fonte**, no conceito **estreito** acima exposto. No caso, não se aplica o conceito **largo** do aumento contábil do patrimônio.

Se João não é um geólogo que se ocupa lucrativamente em pesquisa de minas nem um especulador que adquire direitos sôbre elas, a fim de cedê-los com lucros a emprêsas mineradoras, se não exerce **atividade profissional** nesses negócios não há gerador do tributo. Há, nesse caso, exemplo nítido de não-incidência: o legislador poderia tributar a hipótese, mas preferiu não fazê-lo em sua política fiscal.

III. OS "LUCROS" NO IMPÔSTO DE RENDA NO BRASIL

9. Num dos melhores resumos sôbre as teorias de lucro, escreveu KNIGHT que, talvez, nenhum têrmo ou conceito, nas discussões econômicas, é usado com mais desconcertante variedade de acepções. E se conferirmos êsse reparo com outro recentíssimo sumário daquelas teorias, o de DIETERLEN, veremos dúzias de definições do que seja lucro, segundo os vários conceitos dos economistas, há século e meio (PIERRE DIETERLEN, vd "Profit" no Dictionnaire des Sciences Économiques", v. II, Paris, 1958, "Presses Univ.").

Na linguagem jurídica e até na popular, entende-se como lucro líquido a diferença entre o preço de aquisição e o de revenda de um bem, deduzidos os vários custos, como juros, seguro, salários, etc., da emprêsa. A análise econômica do fenômeno lucro é mais profunda, desde que J. B. SAY, há século e meio, já distinguia entre o juro e o lucro do empresário. Já no fim do século passado, J. B. CLARK definia o lucro puro como o excesso de renda global do homem de negócios em comparação com os rendimentos dos fatôres de produção (salários, juros, etc.) por êle empregados.

Contemporâneamente, um grupo de pensadores identifica o lucro como uma forma peculiar de remuneração do serviço prestado ùnicamente pelo proprietário da emprêsa e que não pode ser retribuído sob a forma de salário.

Ora, como o trabalho pessoal do empresário é remunerada com salário (a conhecida retirada "**pro labore**" dos comerciantes, classificável dentro de certos limites na cédula C) e como parte considerável dos riscos por êle assumidos são cobertos por seguro, a noção de lucro é explicada econômicamente pelos riscos não seguráveis. (FRANK H. KNIGHT, verb. "Profit", **Encyclopaedia of Social Sciences**", 1937).

De qualquer sorte, em tôdas as concepções econômicas de lucro, êsse conceito está vinculado, hoje, à atividade específica e profissional do homem de emprêsa e não se confunde com os salários e juros que êle percebe por seu trabalho pessoal ou pelo investimento de seus capitais. É algo inerente ao espírito de iniciativa e à atitude de assumir riscos não susceptíveis de amparo pelas formas usuais de seguro, cujos prêmios são custos do negócio.

10. Não distante dos conceitos econômicos do lucro, o legislador brasileiro oferece uma definição legal:

> Art. 37 do Dec. 47.373 de 1959: "Constitui lucro real a diferença entre o lucro bruto e as seguintes deduções: **a**...; **b**...; **c**... etc."

Essas deduções compreendem as despesas com a atividade explorada, os juros das dívidas para desenvolvimento da firma, as provisões para perdas, a amortização das máquinas e instalações, os fundos de exaustão das minas, etc., etc.

Lucro, destarte, é uma espécie do gênero rendimento e inerente às atividades do comércio e da indústria sôbre as suas variadas modalidades.

Em geral a pessoa física não recebe lucros, dado que se fôr comerciante, por efeito daquela ficção, a lei o trata como pessoa jurídica. Só por exceção, o Regulamento considera lucro o rendimento da pessoa física não-comerciante. Um é o caso de vender um móvel por mais do que o comprou (art. 92). Outro é o da cédula H, do art. 10 do Regul., quando menciona "ocupações lucrativas" não incluidas nas cédulas anteriores, como as dos sócios em conta de participação; as dos que cedem suas marcas de indústria e comércio mediante participação percentual ou fixa; as do que fazem comércio e indústria sem exercício ostensivo e habitual dessas profissões.

No inciso **f**, já transcrito no início, há inclusão dos "lucros líquidos que decorrem da cessão de direitos quaisquer", sem que o legislador a exemplo do inciso **e** houvesse admitido expressamente a conceituação independente do caráter habitual da atividade. Logo, se tal cláusula não existe no inciso **f**, êste se rege pelo **caput** do art. 10 do Reg. e pelo art. 14 da Lei 3470, isto é, o fato gerador integra-se com o exercício habitual da "ocupação lucrativa" ou da "atividade profissional", como condição "**sine qua non**" da tributação.

11. No caso dos "lucros das pessoas físicas nas operações imobiliárias" (art. 92 Reg.), a história dessa tributação explica o emprêgo impróprio do vocábulo "lucros".

A lei não tributava, no Brasil, o provento do proprietário que revendia o imóvel por preço maior do que o da aquisição. Quando na Constituinte de 1946, houve a iniciativa de atribuir essa fonte de receita aos Municípios, como chegou a fazê-lo o Projeto da Subcomissão de Discriminação de Rendas, inspirada no "unearned increment" de Lloyd George e no "impôt sur les plus-values, immobilières" de Marrocos, o Presidente da República expediu o Decreto-Lei 9.330 considerando tais proveitos como **renda**.

Êsse diploma se fundou no pressuposto de que as pessoas jurídicas eram já tributadas por **lucros** quando revendiam imóveis por preço superior àquele pelos quais tais bens figuravam em seus balanços. Daí equiparação do provento análogo da pessoa física ao lucro das pessoas jurídicas e o uso da palavra inadequada.

12. Do Direito anterior, entrariam nas cédulas em que coubessem, "as quantias correspondentes aos **rendimentos** (e não "lucros"!) que decorrerem de cessão de direitos quaisquer", como "ganhos derivados do capital, do trabalho ou da combinação de ambos" (Dec.-Lei 4.178, de 1942, art. 10 § 1, **b**; Dec.-lei 5.844 de 1943, art. 10 § 1 **b**).

A redação atual provém da Lei 154 de 1947, de que resultou a Consolidação do Dec.-lei 24.239, de 22/12/1947. No art. 10 desta, já há menção de "ocupações **lucrativas**", aparecendo o inciso **f**: "quantias correspondentes aos **lucros líquidos** que decorrerem da cessão de direitos quaisquer".

Logo, houve restrição do campo de incidência: — ao invés da menção genérica de "rendimentos" de "ganhos do capital, trabalho ou combinação de ambos", a lei estritamente aplicou tributo às "ocupações lucrativas" que produzirem "**lucros líquidos** de cessão de direitos quaisquer".

Não há como ressuscitar o texto amplo já modificado para menor área da incidência.

RESPOSTAS

CONSULTA — 1. As autorizações para a pesquisa e lavra de minérios são outorgadas pelo govêrno federal, nos têrmos do Decreto-Lei 1.985, de 29.1.1940 (CÓDIGO DE MINAS).

2. O direito à pesquisa e lavra de jazidas minerais pode, nos têrmos daquele mesmo diploma legal ,arts. 20 e 33), ser transferido a terceiros, mediante cessão de direitos, que se deve revestir das formalidades legais a ser devidamente averbada no Ministério das Minas e Energia.

3. O titular da autorização de pesquisa ou lavra paga, pela concessão, uma pequena taxa de pesquisa (Cód. de Minas — art. 17) e a taxa de lavra (idem, art. 31, parágrafo único).

Além destas taxas, o concessionário tem também as despesas relativas aos trabalhos de

pesquisa e lavra da jazida, até a data de cessão do direito. Acontece, contudo, que sendo, na maioria das vêzes, o concessionário uma pessoa física, não tem estas despesas contabilizadas e nem a isto é obrigado por lei.

É difícil, portanto, falar-se um preço de custo do direito cedido.

4. O Regulamento do Impôsto de Renda (Dec. 47.373, de 7.12.59) determina, em seu artigo 10, que devem ser classificados, na Cédula H, os rendimentos das "ocupações lucrativas não incluídos nas cédulas antériores, inclusive": f) as quantias correspondentes aos lucros líquidos que decorrerem da cessão de direitos quaisquer, excetuados os lucros sujeitos ao impôsto previsto no art. 92"

FACE AO EXPOSTO, PERGUNTA-SE:

I — Pode-se afirmar que a cessão de direitos de pesquisa ou lavra de minérios, conforme referida acima, constitui uma operação lucrativa do contribuinte, já que êste não tem, como ocupação lucrativa, a obtenção de tais direitos e sua cessão?

RESPOSTA: A cessão de direitos de pesquisa ou de lavra de minérios celebrada eventualmente por pessoa física que não se dedica profissionalmente à descoberta de jazidas ou minas, nem adquire em caráter habitual ou profissional tais direitos para especular com êles, transferindo-os a emprêsas ou a outros especuladores, não constitui "operação lucrativa" do art. 10 do Dec. n. 47.373 de 7-12-1959, nem a "atividade profissional" do art. 14 da Lei n. 3470, de 28-11-1958.

A 2ª Pergunta: "Tendo em vista a inexistência prática de preço de custo do direito cedido, o preço total (bruto) da cessão pode ser qualificado como "LUCRO LÍQUIDO", para os fins da incidência prevista pelo art. 10, letra f, do Regulamento do Impôsto de Renda?"

RESPOSTA: Na hipótese da resposta à pergunta anterior, não há lucro líquido ou lucro de qualquer natureza sujeito ao impôsto sôbre a renda. A quantia correspondente à cessão dos direitos, nesse caso, não é lucro, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista das leis e regulamentos daquele tributo.

Poderá ser considerada um **rendimento** à luz do conceito **largo** de renda, mas tal rendimento, no caso da consulta, no Brasil, hoje, não está sujeito ao impôsto do art. 10, inciso f do Regul. do Dec. 4373.

A 3ª Pergunta: "Assim, as cessões, por pessoas físicas, de direito de pesquisa ou lavra de minérios estão sujeitas à incidência do impôsto de renda prevista no art. 10, letra i, do atual Regulamento do Impôsto de Renda (Decreto n. 47.373, de 7.12.1959)?"

RESPOSTA: Não estão sujeitas ao impôsto da cédula H, do art. 10 inciso f, do Dec. 43.373 de 1959, as pessoas físicas que, sem caráter profissional, nem propósito de especulação habitual, hajam cedido direitos de pesquisa ou lavra de minérios. O fato gerador, no art. 10, f do Regul. cit. integra-se com a cessão de direitos como exercício de "ocupação lucrativa" dêsse dispositivo ou da "atividade profissional" do art. 14 da Lei 3470 de 1958. Na hipótese da consulta, há um caso de não-incidência.

ALIOMAR BALEEIRO — Professor de Finanças da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia e da Universidade do Estado da Guanabara.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL PLENO

TAXA DE ESTATÍSTICA SÔBRE A EXPORTAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. —

A taxa de estatística sôbre a exportação é um verdadeiro adicional dêsse impôsto. to, sendo inconstitucional tôda vez que ultrapassa o limite estabelecido no art. 19, V, e seu § 6.º da Constituição Federal. Emb. n. 2717 — Relator: Des. MOREIRA CALDAS.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos cíveis n. 2.717, da Capital, embargantes e embargados simultâneos a Fazenda do Estado e a S.A. Wildberger, Exportação, Importação e outros:

Acordam as Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, conhecer da alegação de inconstitucionalidade para declarar, como declaram, inconstitucional, o excesso do tributo que se vem cobrando dos autores, indevidamente, a título de "taxa de estatística", confirmando, nesse tanto, a sentença do primeiro grau. (Fls. 172 v.v. Custas na forma da lei.

1 — Não é possível ver no tributo cobrado e impugnado, como pretende a ré, simples taxa. A simples consideração de que não atinge, apenas, determinado grupo de pessoas beneficiadas por êle, o seu caráter de universalidade, e, ainda, a desproporção imensa entre o custo do serviço a que se diz destinado e o montante da sua arrecadação, se outras circunstâncias não ocorressem, bastaria para o caracterizar como autêntico impôsto.

A demonstração dos autores e da sentença, no particular, é concludente e não pode sofrer contestação séria.

Ocioso e enfadonho repetir a doutrina e a jurisprudência, de que os autos estão recheiados e se pode considerar torrentuosa e pacífica.

2 — Assente, como não pode deixar de ser, que se trata de impôsto e não de taxa, flagrante é a sua inconstitucionalidade, visto que cobrado, única e exclusivamente, sôbre mercadorias exportadas, o que a Constituição Federal não permitia e não permite.

E se permitiu excedeu-se a margem de tolerância admitida, e o excesso é inconstitucional.

Adotando, pois, como adotam, os jurídicos fundamentos da sentença do primeiro grau no particular, declaram inconstitucional o citado tributo.

Impõe-se fique esclarecido que, nesta decisão, se apreciou e decidiu, apenas, a alegação de inconstitucionalidade da taxa de estatística deduzida pelos autores: tudo mais que se alegou foi apreciado e decidido pelo V. Acórdão de fls. 266.

Bahia, 13 de novembro de 1959.

Alvaro Clemente — Presidente
Moreira Caldas — Relator
Arnaldo de A. Alcântara — Vencido. Dei pela constitucionalidade da **Taxa de Estatística**, à vista dos reiterados julgados do Venerando Supremo Tribunal Federal e dêste Colendo Colégio Judiciário.
Dan Lobão
Vieira Lima
Adalício Nogueira
Antônio Bensabath
Clovis Leone
Gilberto de Andrade
Gerson B. Neves
Amarílio Benjamin, vencido: Temos sustentado que o tributo impugnado é verdadeira "Taxa". Assim o fizemos, dentre outras decisões, no "Acórdão" que apreciou o Rec. Ex. e Agravo n.º 407—56 — subscrito pela maioria da Casa e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal. Fazemos sentir ainda uma vez que o presente feito é a apelação 2214 — que foi restabelecida pelo Acórdão de fls. 255 — na conformidade aliás do que assentaram as Câmaras Reunidas. Assim, o processo deve voltar às Câmaras para que o julgamento se complete.
Santos Cruz — Sempre votei pela constitucionalidade da taxa de estatística incidente sôbre **o total das compras** de mercadorias para fins comerciais. Dando, agora, pela inconstitucionalidade daquele tributo, quando incidente sôbre a **exportação**, cumpre justificar o meu voto, para mostrar que não há qualquer divergência, contradição ou antinomia entre os dois pronunciamentos.

Com efeito, embora referente à taxa de estatística, a presente questão é inteiramente diferente das até aqui decididas por êste Tribunal e pelo egrégio Supremo Tribunal Federal.

Pela legislação vigorante até 1955, a taxa de estatística apresentava cinco incidências, completamente autônomas:

I) — sôbre as operações a têrmo:

II) — sôbre o **total** das compras de mercadorias para fins comerciais e sôbre o **total** das recebidas por transferência; Cont.

III) — sôbre a **EXPORTAÇÃO** para o exterior;

VI) — sôbre o movimento bancário;

V) — sôbre a produção agrícola e industrial.
(cfr., p. ex., as tabelas anexas às Leis 531, de 1952; 631, de 27-2-54 e 682, de 14-12-54).

Este Tribunal e o Supremo Tribunal Federal, até o momento, sòmente apreciaram a incidência sôbre o "total das compras" (inciso II, acima), para declarar a sua legitimidade, uma vez que inexistia a discriminação vedada pelo art. 27 da Constituição Federal, certo, como é, que, naquele caso, o tributo recaía sôbre o estoque do comerciante (total das compras no trimestre).

Agora, aprecia-se a incidência sôbre a **EXPORTAÇÃO.** Nesta hipótese, flagrante é a inconstitucionalidade da tributação.

Se no caso, já anteriormente julgado, do **total das compras**, era destituído de interêsse saber-se se a indigitada "taxa de estatística" era taxa ou impôsto, não só porque o art. 27 da Constituição Federal, apontado como violado, alude a tributo (compreendendo, portanto, taxa e impôsto), como também porque se não estava tributando cada operação de compra nem a transposição da fronteira, mas o estoque, vale dizer, o patrimônio do comerciante, — na hipótese em exame, em que o tributo incide sôbre a exportação, faz-se mister fixar a sua natureza, uma vez que o inciso V do art. 19 da Constituição se refere a "impôsto".

A questão a ser solucionada, no momento, é, portanto, a seguinte: é constitucional a incidência da taxa de estatística sôbre a exportação?

Dispõe o art. 19, V, da Constituição Federal competir aos Estados a decretação de impôsto sôbre —

> "a exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro, até o máximo de 5%, **ad-valorem**, VEDADOS QUAISQUER ADICIONAIS".

C § 6.º dêsse artigo permite que —

> "em casos excepcionais, o Senado Federal poderá autorizar o aumento, por determinado tempo, do impôsto de exportação até o máximo de dez por cento **ad-valorem**".

Ora, o Estado da Bahia, até 1946, cobrava o impôsto de exportação até o máximo de 10% (art. 2.º do Dec. Lei 182, de 2 de março de 1944). Após o advento da Constituição de 46 limitou êsse máximo a 5%, uma vez que não teve autorização do Senado Federal para ultrapassar essa alíquota.

Todavia, em 1951, pela Lei 425, de 29 de outubro, passou, já agora com autorização do Senado Federal, a cobrar mais 2% **ad-valorem** sôbre a exportação. Êsses 2% destinar-se-ão à constituição do fundo de energia elétrica e de saneamento (art. 2.º).

Cobra, portanto, o Estado da Bahia, presentemente, o impôsto de exportação à razão de 7%, sendo que dêstes, 2% com autorização do Senado, para a constituição do fundo de energia e de saneamento, criado pela Lei 425/51.

Como, pois, exigir-se mais 2% sôbre a exportação, a título de taxa de estatística, sem autorização do Senado?

Não importa isso em indisfarçável violação ao limite estabelecido na Constituição Federal? A própria Lei Magna, como uma séria advertência ao legislador estadual, além de limitar a alíquota do tributo, não reiterou a proibição com o aditivo "VEDADOS QUAISQUER ADICIONAIS"?

Tão evidente é a inconstitucionalidade apontada que o próprio Secretário da Fazenda, na Exposição de Motivos que apresentou ao Governador do Estado, encaminhando a proposta orçamentária para o exercício de 1956, declarou textualmente: —

> "Com muito acêrto foi eliminada do quadro tributário a taxa de estatística de 2% sôbre a exportação, ante os protestos e questões levadas ao Judiciário alegando inconstitucionalidade, porque, acompanhando o impôsto de exportação, êsse excederia o limite da Constituição, quando adicionado à taxa de estatística, em casos de produtos sujeitos à taxa acima de 5%". (Diário Oficial do Estado, de 4 de setembro de 1955, pág. 9.637, § 116).

Já a lei que organizou o quadro tributário do Estado para o exercício de 1955 eliminara a chamada taxa de estatística sôbre a exportação (Tabela 9, anexa à Lei 682, de 14/XII/954).

Dir-se-á que, no caso, se trata de taxa e não de impôsto, não havendo, assim, inconstitucionalidade uma vez que o inciso V do art. 19 da Constituição Federal alude a "impôsto", ao limitar o seu teto.

Acontece que o tributo em exame, em que pese o **nomen juris**, é impôsto. Como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, "a criação de impôsto sob a figura formal de taxa" não lhe modifica a verdadeira natureza, uma vez que esta "não se define pela sua denominação e demais características formais, senão pelo seu conteúdo e objeto". (ac. do Sup. Trib Fed., in Rev. For. C/486).

Dois critérios existem para distinguir os impostos das taxas: a) o da destinação do produto arrecadado; b) o da causa, ou fato gerador do tributo.

Pelo primeiro, o produto da arrecadação da taxa deve ser integralmente aplicado no correspondente serviço. Na hipótese, isso não ocorre, tanto assim que, no Orçamento para o exercício de 1955, p. ex., enquanto a receita da taxa de estatística estava prevista em .... 100.000.000,00, a despesa orçada para o serviço não passava de 2.344.792,50.

Essa desproporção, de logo, exclui a idéia de taxa, visto como o produto da arrecadação "não pode ser destinado, no todo ou em parte, sob pena de ilegalidade da respectiva cobrança, a finalidade diversa daquela para que tenha sido especìficamente instituída", na feliz expressão do ante-projeto do Código Tributário Nacional, transplantando, aliás, princípio universalmente aceito.

A ausência dessa destinação especial do produto da taxa no correspondente serviço indica encontramo-nos desenganadamente diante de um impôsto, pois, como ensina ALIOMAR BALEEIRO, "onde não existe tal destinação especial não se pode falar em taxa" (Rev. For., vol CXLVIII/81).

Pelo segundo critério, ou seja pela causa ou fato gerador, o tributo em exame não pode deixar de ser conceituado como impôsto.

Na clara definição de AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, "impôsto é o tributo auferido pelo poder público, para atender às necessidades públicas gerais, e cujo nascimento se condiciona ao verificar-se de um pressuposto de fato, consistente num ato ou fato da vida comum, de conteúdo econômico". "Taxa é o tributo auferido pelo poder público, para o custeio de certos e determinados serviços ou atividades públicas, e cujo surgimento se condiciona à **utilização, disposição** ou **solicitação**, por pessoas individualizadas, do funcionamento dos ditos serviços ou atividades" ("Introdução ao Direito Tributário", Edições Financeiras, Rio 1959, pág. 150).

No caso, o que dá lugar à incidência não é a disposição, utilização ou requisição do serviço de estatística, mas a operação mercantil tra-

duzida na exportação de mercadorias. Trata-se, portanto, de um impôsto.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar constitucional a incidência sôbre o **total** das compras, tem ressaltado a natureza de impôsto do tributo em causa. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do voto vencedor do Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, no mandado de segurança 5.376:

> "É certo que o tributo não deve, a meu ver, ser classificado como taxa, como foi impròpriamente apelidado pelo Estado da Bahia, **mas sim como impôsto**" (Rev. Trib. da Bahia, vol. 59, fasc. 1, pág. 68).

O Estado está mascarando com o nome de "taxa' um tributo que, pela sua origem, suas características e pelo destino do produto da arrecadação, não pode assim ser considerado. Êsses disfarces são, aliás, encontradiços, como salienta RUBENS GOMES DE SOUZA, parecendo que escrevia para o caso dos autos: "Os exemplos mais comuns são as taxas municipais de **estatística** ou de fiscalização cobradas sôbre as vendas ou a **exportação**, e que portanto são verdadeiros adicionais dêsses impostos estaduais" (Rev. For., vol. CLV/29).

ALIOMAR BALEEIRO depois de mostrar importância política da distinção entre impostos e taxas, acentua: —

> "São conhecidos dos tribunais vários casos em que os legisladores rebeldes à discriminação constitucional das rendas ou infensos à solução lógica da majoração dos tributos da competência local nos casos de apertura dos cofres públicos preferem o caminho tortuoso da criação de **falsas taxas, como disfarces de impostos** da alheia competência ou **exigidos acima dos tetos do art. 19, V, e § 6.º".** (Uma Introdução à Ciência das Finanças, 1.ª edição, vol. I, pág. 317, § 236).

Efetivamente, limita a Constituição o teto do impôsto sôbre a exportação. Quer o Estado, a título de taxa, exceder aquêle limite. Se isso fôsse possível, burlada fàcilmente poderia ser a discriminação constitucional das rendas. De nada valeria o estabelecimento de competências tributárias privativas. Assim é que, a título de taxa, o Estado poderia tributar o rendimento líquido da pessoa física ou jurídica (impôsto de renda), ou a entrada de mercadoria no território nacional (impôsto de importação) etc., com invasão da esfera tributária da União (art. 15 da Const. Fed.). A União, por sua vez, a título de taxa, tributaria a propriedade rural, ou a transmissão da propriedade causa-mortis, ou as vendas e consignações, com invasão da competência dos Estados.

Ontològicamente, portanto, não é possível distinguir-se o impôsto de exportação da taxa de estatística sôbre a exportação, uma vez que o fato gerador é o mesmo.

Manifesta é, pois, a inconstitucionalidade arguida.

Plínio Guerreiro — Vencido.

Alibert Baptista

Antônio de Oliveira Martins

Cândido Colombo

Geminiano Conceição

Wilton de Oliveira e Souza

Clovis Athayde

Fui presente: José Martins Catharino

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE — EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA — FÔRO ESPECIAL — O ESTADO E O MUNICÍPIO COMO INTERVENIENTES.

> **Não há acolhimento para a exceção de incompetência onde a Lei Judiciária estabelece que nas Comarcas do Interior, o Juiz exercerá cumulativamente todas as varas inclusive as atribuições que lhe forem atribuídas pela legislação trabalhista. No Estado da Bahia a Lei n.º 175, de 2/7/1949, em seu artigo n.º 59, fazendo menção ao art. 56, tira qualquer ensejo de exceção de incompetência do Juiz do interior, inclusive de referencia aos feitos pertinentes a quaisquer Varas das Fazendas Públicas, pois lhe afeta ampla jurisdição. Quando o Estado e o Município são, apenas, intervenientes (terceiros que ingressam na causa em que não tem qualidade de partes), descabe a exceção declinatória em processo de ação particular.**

Exc. inc. n.º 5 — Relator: DES. VIRGÍLIO MELO.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de exceção de incompetência n.º 5, excipiente, o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Barra — excetos, Edson Pinto Mariano, a Prefeitura Municipal e outros.

José Pereira da Silva e outros, ajuizaram uma ação de manutenção de posse contra Edson Pinto Mariano, alegando, entre outras coisas, "que ocuparam, em fins de 1954, por concessão do Prefeito Municipal de então, os terrenos do ilhote Limoeiro, classificável como terra devoluta do Estado, julgando ter essa autoridade capacidade jurídica de contratar arrendamento do imovel objeto da demanda, etc. etc. Alongam-se as alegações da inicial, (fls. 2 a 9).

Tendo os proponentes manifestado o intento da manutenção liminar da posse, procedeu-se, a dito fim, a ouvida de 3 testemunhas.

Antes de ultimar a prova da justificação, porém, o **a quo** decidiu a fls. 28 v.: — "que a esta altura dúvida não pode haver de que a Prefeitura Municipal da Barra tem interesse na presente causa, **quer seja diretamente**, ou indiretamente, na qualidade de arrendatário do imovel, como alegado e confessado até então". E, mais adiante,: — "...assim sendo, deve ser ouvido o Município na qualidade de Representante do poder público".

Escreve o Prefeito (fls. 31 a 33), procurando desfazer as alegações dos autores.

Manifesta-se, então, o Dr. Promotor Público (fls. 37 a 38), achando que a Lei Estadual n.º 175 "criou um fôro especial para as causas entre o Estado e os Municípios e, assim, para o caso em espécie, domina o princípio geral da referida Lei determinativa da competência originária das Câmaras Cíveis Reunidas, cita, em abono da exceção que levanta, o art. 57, I, alínea d da Constituição do Estado.

Falaram os interessados, e, dentro das considerações de fls. 53 a 58, o Juiz de 1.º grau julgou-se incompetente para processar e julgar a ação, inclusive a justificação, porque — afirma — estão nos autos os interesses do Estado e do Município.

Na petição inicial de nenhum modo há referência de causa entre o Estado da Bahia e o Município de Barra.

Os autores alegam que, por concessão do Prefeito Municipal, ocuparam, em 1954, os terrenos da ilhota Limoeiro, tidos como terra devoluta, e quando foram pagar, ùltimamente, as taxas de arrendamento à Prefeitura, tiveram a surpresa de saber que as terras já estavam

arrendadas aos réus, que são os Srs. Edson Pinto Mariano e sua mulher".

"E a ação possessória é de modo exato para que se possam manter na posse em referência".

Basta que se leia a capa de autuação onde figuram como autores José Pereira da Silva e outros, e réus Edson Pinto Mariano e espôsa.

O Estado da Bahia e a Prefeitura de Barra estão nos autos como simples intervenientes que, segundo Pedro Nunes, em seu Dicionário de Tecnologia Jurídica, são terceiros que ingressam na causa em que não têm qualidade de parte.

Vale dizer que o próprio Juiz excipiente declara, a fls. 53, que o **Estado ingressou como assistente dos autores** para ver-se o desfigurar da exceção.

Juiz que é do interior, competente ao da Comarca de Barra, processar e julgar os feitos das Varas respectivamente das Fazendas Estadual e Municipal (art. 56, X e XI da Lei Estadual n.º 175 de 2/7/949), segundo impõe o art. 59. — Nas demais Comarcas, o respectivo Juiz exercerá, cumulativamente, tôdas as Varas mencionadas no artigo 56 e as atribuições que lhe forem estabelecidas pela legislação trabalhista.

O acórdão aceita em a diretriz de decidir os bons e objetivos conceitos do ilustrado Dr. 4.º Subprocurador Geral da Justiça (fls.).

Os Juízes do Tribunal Pleno, acordam, por unanimidade, rejeitar a exceção arguida, e mandar que os autos baixem à Comarca de origem para as finalidades previstas em lei, assim quanto à medida liminar, como de referência ao curso da ação e ao decidir final.

Bahia, em Sessão do Tribunal de Justiça, 14 de julho de 1961.

Santos Cruz — Presidente em exercício.
Virgílio Melo — Relator *
Arivaldo Andrade de Oliveira *
Adalício Nogueira
Antonio Bensabath
Edgard Vieira dos Santos *
Gerson Batista Neves *
Simas Saraiva
Claudionor Ramos *
Geminiano Conceição
W. de Oliveira e Souza
Ademar Raimundo *
Arnaldo Alcântara *
Evandro Andrade *
Adolfo Leitão Guerra.
Fui presente: **José Martins Catharino.**

AÇÃO RESCISÓRIA — EFEITO SUSPENSIVO — INADMISSIBILIDADE

Merece reforma o despacho que concede liminarmente segurança para suspender a execução de sentença passada em julgado até o julgamento final de rescisória contra a mesma interposta. Sendo a ação rescisória uma ação de nulidade, de natureza pessoal, fundada em obrigação ex-lege, não induz litispendência nem pode ter efeito suspensivo. Dar efeito suspensivo à rescisória é prejulgar a causa.

AGENOR VELOSO DANTAS
Mand. Seg. n. 279 — Relator: Des.

A C Ó R D A O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo regimental, interposto de despacho da Presidência do Tribunal, em processo de Mandado de Segurança de Ilhéus, n. 279, em que é impetrante o Dr. Pedro Catalão Filho e impetrado o Juízo de Direito da 1ª Cível da Comarca de Ilhéus.

Acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça, em sessão plenária de tôdas as suas Câmaras, por maioria de votos, dar provimento ao agravo para, reformando o venerando despacho agravado, cassar a determinação liminar nêle contida, a qual deferiu o pedido de suspensão da praça dos bens pertencentes ao impetrante, em processo de execução de sentença que corre perante o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ilhéus, possibilitando assim a realização de todos os atos referentes à execução de sentença que ali se efetua, vez que não é possível atribuir-se efeito suspensivo à ação rescisória que pressupõe necessàriamente a existência de um caso julgado.

Inicialmente, forçoso é acentuar que o impetrante já havia formulado idêntico pedido, no Mandado de Segurança que submeteu a despacho em junho do corrente ano, no sentido de obter a suspensão liminar da praça dos bens que lhe foram penhorados, em processo de execução de sentença que corre perante o Dr. Juiz de Direito da Primeira Vara Cível da Comarca de Ilhéus, pedido êsse que lhe foi indeferido por despacho do Vice-Presidente do Tribunal, no exercício da Presidência do qual se achava afastado o seu digno titular.

Êsse indeferimento, que se acha publicado no Diário da Justiça de 2 de junho, é concebido nos seguintes têrmos:

"A. Notifique-se o Dr. Juiz da Vara Cível de Ilhéus, do conteúdo desta petição, remetendo-se-lhe a 2ª via e cópia dos documentos anexos, para que, no prazo de 5 dias, preste as informações que achar necessárias.

Quanto ao pedido de concessão liminar de segurança para sobrestar a praça já com dia marcado, no Juízo Cível de Ilhéus, até que seja julgada ação para rescindir a sentença cuja execução se processa, deixo de atendê-lo, porque, como diz Jorge Americano, a ação rescisória (**judicium rescindens**) é uma ação de nulidade e, como tal, de natureza pessoal, fundada em obrigação **ex-lege**. Nestas condições, não induz litispendência, não tendo, portanto, a sua propositura, efeito suspensivo. Seria absurdo conceder-se-lhe êsse efeito. Dar-se efeito suspensivo à ação rescisória é, por certo, prejulgar a causa. A sentença rescindenda é cousa julgada, que se não suspenderá, sob pretexto de contra ela se haver intentado ação rescisória".

Em face dêsse despacho, o impetrante formulou pedido de reconsideração que, como não podia deixar de ser, foi igualmente indeferido. Diante disso, o que fêz o impetrante? Aguardou que o Des. Presidente reassumisse o exercício de suas funções, e, desistindo daquele primeiro Mandado de Segurança para alijar de si os efeitos de tal indeferimento, impetrou logo em seguida novo Mandado, que é o presente, em cuja petição voltou a pedir a concessão da medida liminar já indeferida, conseguindo, afinal, a satisfação dos seus intuitos através o despacho agravado.

Mas, **data venia**, não está com a boa doutrina e com princípios jurídicos referentes à espécie, o despacho agravado.

Em primeiro lugar, a situação já se achava resolvida por despacho anterior da mesma Presidência, em sentido contrário, sem que de tal despacho se houvesse recorrido.

E depois, a concessão liminar da providência solicitada implica, certamente, em se emprestar efeito suspensivo a uma ação rescisória intentada exatamente para rescindir uma sentença, em plena execução, eis que, o que se

---

* Juízes convocados.

pretende é a interrupção dessa execução até o julgamento final, da mesma rescisória.

Ora, absurdo maior não se poderia admitir, pois se a ação rescisória pressupõe uma sentença passada em julgado, seria, com efeito, aberrante da mais elementar lógica jurídica, conceder-se-lhe efeito suspensivo, contra êsse julgado. Vale, apenas, transcrever aqui da maneira mais completa, a lição que, a respeito, nos ministra o abalisado jurista Jorge Americano, ao estudar os efeitos da ação rescisória. Vejamo-lo: "Sob dois aspectos se podem considerar os efeitos da ação rescisória: efeitos decorrentes da propositura da ação, e efeitos decorrentes da sentença nela proferida. Vimos que esta ação compreende duas jurisdições conexas, porém distintas: **judicium rescindens**, ação rescisória pròpriamente dita, onde o julgador é chamado a conhecer e rescindir a sentença nula; e **judicium rescisorium**, conseqüência lógica do primeiro onde o julgador conhece da espécie julgada na sentença rescindenda e profere nova decisão sôbre o objeto da controvérsia. Ora, a ação rescisória, (**judicium rescindens**) é uma ação de nulidade, e como tal, de natureza pessoal, fundada em obrigação **ex-lege**. Nestas condições, não induz litispendência, não tendo, portanto, a sua propositura efeito suspensivo, mesmo quando o merecimento da questão fôr de natureza real.

Assim a ação rescisória proposta para anular uma ação de reivindicação, não tem efeito de tornar litigioso o objeto da rescisória. Seria absurdo conceder-lhe êsse efeito, que teria o resultado imediato de converter a ação rescisória em recurso suspensivo da execução das ações reais"...

Nem a lei prejudicará, em caso algum, a cousa julgada.

Assim, diante da sentença passada em julgado, ninguém pode pedir o objeto cuja propriedade foi por ela atribuída ao adversário, nem mesmo que uma lei especial o mandasse imitir na posse.

Ora, se assim é, tanto em face do direito positivo como da doutrina, por mais forte razão a sentença que passou em julgado, não será suspensa em sua execução integral, que atribui domínio pleno ao litigante, só porque o adversário, não conformado com a decisão, alega nulidade e pede que seja rescindida.

Dar efeito suspensivo à ação rescisória é, portanto, prejulgar a causa, admitindo preliminarmente certa procedência às alegações de nulidade, peita, subôrno, violação de direito expresso, falsa prova, etc. (Vide Da Ação Rescisória ps. 221 a 223, ed. Saraiva, 1926).

Ora, se assim é no exemplo figurado, o que se não dirá num caso como o que se acha em apreciação?...

O eminente Carvalho de Mendonça (M.I.) estudando a mesma questão, em obra precedente, manifesta-se nos seguintes têrmos:

"Discute-se, em alguns países, se a propositura da ação rescisória tem como efeito suspender o curso de uma ação cujo fundamento de pedir, seja o julgado, na sentença rescindenda.

Essa questão, de grave importância nas legislações que consideram a rescisória como um **recurso**, nenhum valor tem perante o direito pátrio. Entre nós a propositura da ação rescisória não induz litispendência.

Quer corram perante o mesmo Juízo, a ação rescisória e a ação que se funda na sentença rescindenda, quer sejam processadas em juízos diversos e ainda que as partes em uma e outra sejam as mesmas, o efeito suspensivo aludido nem decorre do preceito da lei, nem pode ser decretado pelo Juiz. (Vide "Da Ação Rescisória das Sentenças" (págs. 31 a 32, ed. Liv. Francisco Alves, Rio, 1916).

A observação de Carvalho de Mendonça, quando acentua que, em face do nosso direito, a ação rescisória não é considerada um recurso, e sim uma verdadeira ação, ainda hoje é procedente, pois o Código de Processo Civil a disciplina como ação e não como recurso. E recurso que fôsse, jamais poderia ter efeito suspensivo, como não o têm a revista e o recurso extraordinário (Cód. de Proc. Civil, art. 808, § 1º).

Da mesma sorte, o insigne Carvalho Santos, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, art. 798, confirma:

"A ação rescisória não tem efeito suspensivo, não suspendendo a execução da sentença que se pretende rescindir". (Cód. de Processo Civil Interpretado, vol. IX, p. 131).

Outra não é a orientação da jurisprudência dos nossos Tribunais, como se verifica do Acórdão unânime da 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, in Rev. Forense, vol. LXXIII, p. 351:

"Podia a penhora ter sido realizada, não obstante a propositura da ação rescisória, para anular a sentença que homologou a desapropriação do imóvel, uma vez que, não se pode dar efeitos suspensivos à ação rescisória, como sustentam M. J. Carvalho de Mendonça e Jorge Americano".

Pelo exposto, vê-se que, não sendo a rescisória um simples recurso, em face do nosso direito, mas uma verdadeira ação (Cód. de Proc. Civ. Tit. III, do Livro VI, arts. 798 a 801 e seus parágrafos) que compreende duas jurisdições conexas — o **judicium rescindens** e o **judicium rescisorium**, e considerando que, no caso em apreciação, se está na fase da **judicium rescindens**, não seria possível, à luz da lógica e do bom direito, dar-se-lhe efeito suspensivo, para interromper a execução da coisa julgada que, por seu intermédio, se procura rescindir. Sòmente ao se passar ao **judicium rescisorium** que é uma conseqüência da **judicium rescindens**, quando esta fôr julgada procedente, o que é sempre difícil e duvidoso, é que se poderá obstar os efeitos do julgado rescindido, ou seja anulado. Antes disto, a sentença que se ataca pela ação rescisória, há de produzir todos os seus efeitos indiferente à marcha e julgamento desta. Aí está a orientação lógica e jurìdicamente acertada a se tomar em situações que tais.

Tribunal de Justiça da Bahia, 28 de agôsto de 1959.

Álvaro Clemente — Presidente.

Agenor Dantas — designado para lavrar o Acórdão.

Dan Lobão

Vieira Lima

Adalício Nogueira

Pondé Sobrinho — Vencido, porque, ao ensejo da discussão que se travou na assentada do julgamento, afigurou-se-me que a suspensão liminar do ato que motivou o pedido da segurança, no caso **sub judice**, encontrava apoio no disposto no art. 7, inc. II, da Lei n. 1533, de 31 de dezembro de 1951.

J. Maciel dos Santos: Vencido. Negava provimento ao agravo regimental, **data venia**, da douta maioria, por acolher, sem a mais mínima restrição, os fundamentos do despacho agravado, face à relevância da matéria objetivada no pedido de fls. 2 a 4 v., o que autorizaria, nos precisos têrmos do art. 7º, II,

da Lei Fed. n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, a suspensão liminar do ato impugnado.

Moreira Caldas

Gilberto de Andrade
Amarílio Benjamin

A. Mirabeau Cotias, vencido, de acôrdo com as razões expedidas na assentada do julgamento.

Edgard Simões
Arnaldo de A. Alcântara

Aderbal Gonçalves — Vencido, acorde com as razões emitidas na assentada do julgamento.

Evandro Pereira de Andrade *
Mário Lins — Vencido.
Cândido Colombo — Vencido.
Renato Mesquita — Vencido.
Geminiano Conceição
W. Oliveira e Sousa.
Fui presente: José Martins Catharino.

MUNICIPIO. PROJETO DE CRIAÇAO. MANDADO DE SEGURANÇA. INADMISSIBILIDADE

A "representação" prevista no § único do art. 8º da Constituição Federal, como procedimento judicial preliminar ao processo político da intervenção federal, não impede possa o município defender a sua autonomia através de mandado de segurança. O plebiscito sendo um elo ou trâmite da elaboração legislativa não pode ser apreciado pelo Judiciário, cujo contrôle só poderá operar-se a posteriori, depois de promulgada a lei de criação do município.

Mand. Seg. n. 355 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

A C O R D A O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n. 355, impetrante o MUNICÍPIO DE CANAVIEIRAS e impetrados à MESA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO e o GOVERNADOR DO ESTADO.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria de votos, não conhecer do mandado.

1. E assim decidem pelos seguintes motivos: por petição datada de 27 de maio, o município de Canavieiras impetra o presente mandado de segurança contra a Resolução n. 575, de 14 de abril da Assembléia Legislativa do Estado e contra o Decreto do Poder Executivo n. 17.996, de 19 de abril, a primeira determinando a realização de plebiscito nos distritos de Camacã e Pau-Brasil e o segundo fixando para o mesmo a data de 11 de junho do corrente ano, como providência preliminar do processo legislativo para a criação do município de Camacã, a ser desmembrado do território dêle impetrante.

Depois de indicar os dispositivos da Constituição Federal (arts. 28 e 29, da Constituição do Estado (art. 93 a 99) e da Lei Estadual 140, de 22 de dezembro de 1948, que regulam a organização municipal, sustenta o impetrante que os atos impugnados ferem direito seu, líquido e certo, por isso que:

a) — o projeto de criação do município de Camacã, do qual resultou a determinação do plebiscito, foi apresentado à Assembléia Legislativa em outubro de 1960, quando só o poderia ter sido até 30 de abril dos anos dos milésimos 2 e 7, na conformidade do § 2º art. 6º da citada Lei 140;

b) — que o parecer da Comissão de Negócios Municipais ao aludido projeto não observou as exigências do art. 2º da referida lei com a redação e modificação impostas pela de n. 1.003, de 7 de abril de 1958;

c) — que a Resolução 575, que determinou a realização do plebiscito, não foi enviada ao Executivo no prazo de 10 dias previsto no art. 9 da Lei 140, razão pela qual foi devolvido à Assembléia, cuja Mesa, depois de alterá-la sem ouvir o plenário, reencaminhou-a ao Executivo que, em consequência, baixou o decreto impugnado.

Alegando urgência, requereu o impetrante a suspensão liminar do ato que marcou o plebiscito para o dia 11 de junho, sendo o seu pedido indeferido (fl. 26).

As fls. 30 e 31 encontram-se as informações do Presidente da Assembléia Legislativa e do Sr. Governador do Estado.

2. Em seu parecer, o ilustre Dr. Procurador Geral da Justiça, endossando preliminar levantada nas informações do Sr. Governador (fl. 37, item 6), sustenta ser incabível o mandado, pôsto que a matéria em exame, por sua própria natureza só podia ser decidida através de representação para o egrégio Supremo Tribunal Federal, nos têrmos da letra e do inciso VII do art. 7º e do § único do art. 8º da Constituição Federal, êste último regulamentado pela Lei 2.771, de 22 de junho de 1954 (fl. 38).

Êste Tribunal já teve oportunidade de apreciar tese idêntica, tendo decidido que a representação, como meio de provocar-se a intervenção federal, não excluia a possibilidade de o município pleitear a defesa de seus direitos através do mandado de segurança (ac. de 29/V/53, no mand. seg. 96, imp. mun. de Feira de Santana).

A representação é um procedimento jurisdicional preliminar ao processo político da intervenção federal. De modo que sòmente poderia falar-se em competência originária do Supremo se se cogitasse dessa medida facultativa.

Ora, na hipótese, disso não se cuida, mas de saber-se se é válido o ato que determinou o plebiscito nos distritos de Camacã e Pau-Brasil, se êsse ato padece ou não dos vícios alegados pelo impetrante, violadores de direito líquido e certo.

A Lei 2.771, regulamentando o § único do citado art. 8º da Constituição Federal, nada inovou no particular, limitando-se a estabelecer o rito processual da representação.

Em que pese a representação, o mandado de segurança não pode ser tido como inidôneo contra **ato concreto** de criação de município, arguído de ilegalidade. Com efeito, reconhecida, em princípio, às pessoas jurídicas de Direito Público legitimidade para impetrar mandado de segurança (acs. do Supremo Tribunal Federal, in Arquivo Judiciário, vol. 111, p. 259, Rev. Dir. Adm., vol. 45, p. 319; Ementário no Apenso ao n. 224 do Diário da Justiça da União de 03/9/59), nada impede possa o município utilizá-lo para a defesa de sua autonomia, quando violada por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal. O Supremo o vem admitindo, não sòmente em casos de criação de municípios, mas em hipóteses outras em que também se alega violação daquela autonomia (Revista de Direito Administrativo, vol. 28, p. 231; Revista Forense, vol. 190, págs. 70 e 102).

---

* Juízes convocados.

Sustenta o Dr. Procurador Geral da Justiça que a competência do Supremo para conhecer da matéria decorre, ainda, do disposto no art 101, I, letra d, da Constituição Federal. Todavia, a alínea citada prevê o processo e julgamento de litígios entre os Estados estrangeiros e qualquer das pessoas de Direito Público Interno, hipótese que se não configura nos autos.

Fica, assim, rejeitada essa preliminar.

3. Ainda em suas informações, levanta o Sr. Governador do Estado a preliminar de que, sendo o plebiscito um elemento do projeto de criação de município, contra êle não cabe mandado de segurança, não tendo o impetrante "capacidade para intervir no processo legislativo, antes que êste processo se corporifique em lei" (fl. 30, item 5).

Essa segunda preliminar é procedente.

Com efeito, pela Lei 140, com a redação e modificação impostas pela de n. 1.003, já citadas, a criação de município, na hipótese de iniciativa da própria Assembléia pela quarta parte de seus membros, obedece ao seguinte processo: apresentada a proposta, será ela encaminhada à Comissão de Negócios Municipais que, verificando terem sido observadas as prescrições legais, concluirá pela realização do plebiscito, o qual deverá ser convocado pelo Governador do Estado (arts. 6 a 9). Se o plebiscito fôr favorável à constituição do município, a Comissão de Negócios Municipais emitirá parecer concluindo pela apresentação de projeto de lei que determine sua criação (arts. 11 e 12).

Como se vê, o plebiscito é medida preliminar para a apresentação de projeto de lei de criação de município, integrando o próprio processo legislativo. É mera consulta aos munícipes, que votam **facultativamente**.

Mas, daí não se poderá concluir, necessàriamente, que o pronunciamento favorável da população do distrito torne obrigatória a aprovação do projeto pelo plenário da Assembléia. É inegável a atribuição deferida a esta para examinar os projetos de lei, não só sob o aspecto da constitucionalidade e legalidade, como também relativamente à sua conveniência e oportunidade.

Sendo assim, a determinação do plebiscito, no curso de tramitação de norma legislativa da iniciativa da Assembléia, e a fixação pelo Executivo de dia para a sua realização traduzem exercício regular de atribuições decorrentes da tripartição dos poderes constitucionais.

Não pode, assim, o Judiciário intervir no processo legislativo, para declarar nulo o plebiscito por ilegalidade na tramitação da proposta. Seria um Poder intervir na esfera de competência de outro Poder, estancando o exercício normal de suas atribuições.

Como sustentou CARLOS MEDEIROS DA SILVA, em brilhante parecer: "O Poder Judiciário não pode ser chamado, legìtimamente, a dizer sôbre um texto cuja elaboração não se consumou, que nada dispõe, nem obriga, por lhe faltar um elo final que o transforme em lei. Finda a elaboração legislativa é que ao Poder Judiciário se abre a oportunidade para apreciar qualquer violação constitucional porventura cometida na sua tramitação" (Rev. Forense, vol. 190, p. 109).

O que há, na espécie, é uma proposta em tramitação, que ainda não se converteu em lei. O contrôle jurisdicional só poderá operar-se a **posteriori** depois de promulgada a lei. Neste sentido orienta-se a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal (cfr. Rev. Dir. Adm. vol. 53, pág. 211; Revista Forense, vol. 197, págs. 107 a 110).

Custas pelo impetrante.

Salvador, Bahia, 28 de julho de 1961.

Santos Cruz — Presidente em exercício e relator.

Vieira Lima.
Adalício Nogueira.
Gerson B. Neves.
Virgílio Melo.

Edgard Vieira dos Santos — Vencido.

Voltem, com o voto vencido escrito em separado. Bahia, 13 de outubro de 1961.

Recebidos hoje. 11/10/61.

O meu voto é simples, até porque rendo as minhas homenagens à decisão brilhante do eminente Relator. Simples, considero o meu voto, porque não irei citar jurisprudência para um assunto, parecido tratar-se de uma "grande violência". Pergunta-se. Qual o direito que assiste à Assembléia Legislativa e ao Govêrno do Estado para realização de Plebiscito e consequentemente constituir Município, sem respeitar a Constituição Federal? Existe autonomia municipal? O Município de Canavieiras teve o seu direito ferido? Qual será o remédio legal? No meu fraco entender, não podem a douta Assembléia Legislativa e o Govêrno do Estado, determinar realização de Plebiscito, sem ouvir o Município interessado, porquanto, caso contrário, está ferindo o seu direito líquido e certo. No presente caso, o Município de Canavieiras teve o seu direito ferido, a sua autonomia ofendida e sòmente o Mandado de Segurança será o meio idôneo para evitar a violência.

Mesmo porque, qual a prática que a Assembléia e o Estado poderá experimentar com a criação de Município, que não tem o requisito legal, isto é, não pode ser distrito mais Município? Sempre considerei a criação de novos Municípios, sem se obedecer o que a lei exige, como ofensa à nossa Constituição Federal.

Penso que, no caso, deveria, primeiramente, ser ouvido o Município de Canavieiras, motivo por que votei para que fôsse concedido o Mandado de Segurança.

Em 13 de outubro de 1961.

Edgard Simões.

Claudionor Ramos — Vencido. Justificaremos o voto.

Estamos de plenissimo acôrdo com a douta maioria, quanto à incompetência do Judiciário para estancar o exercício normal das atribuições do Legislativo. Longe de nós a idéia de que o Judiciário deva manifestar-se "sôbre um texto cuja elaboração não se consumou, que nada dispõe, nem obriga, por lhe faltar um elo final que o transforme em lei". Conhecemos os princípios regedores das relações entre os Poderes do Estado, em sua harmonia, e independência. Entendemos, porém, que a concessão da segurança, no caso concreto, ao invés de significar intervenção "na esfera de competência do Legislativo", expressaria o exercício regular da atividade jurisdicional, remediando ilegalidade.

A divergência, em essência, se manifesta na tomada do rumo. O indeferimento resultou de seguirem os nobres e esclarecidos Desembargadores, que assim decidiram, a trilha do pro-

jeto de emancipação. E, por isto, entenderam que é defeso ao Judiciário invadir o campo do Legislativo. O deferimento, que concedemos, decorreu pura e simplesmente da existência de uma lei, em pleno vigor, impediente da apresentação do aludido projeto. Não pretendemos restringir a ação dos senhores legíferos. Nosso invide significou, tão sòmente, o propósito de tornar respeitada uma lei que êles mesmos elaboraram. Falamos, pois, em nome da lei, na certeza de que há um êrro para o qual se reclama corretivo, de que uma lei foi violada e aos Juízes compete, sem paliativos doutrinários, enfrentando a realidade, proferir a palavra de ordem que lhe restituirá a inteireza.

Apegamo-nos ùnicamente a razões de natureza legal. Aplicamos a norma escrita em seu significado claro e preciso. Vejamos:

Declarou o impetrante que o projeto foi apresentado fora da época determinada na lei.

Está ao seu lado a verdade.

A lei n. 140, de 22/12/48 (Lei Orgânica dos Municípios), artigo 6º, parágrafo único, dispõe: — "**não será tomada em consideração a proposta de criação de município que não** seja presente à Assembléia até o dia 30 de abril dos anos de milésimos 2 e 7". A lei n. 1.003, de 7/4/58, que reformou algumas das suas disposições, firmou: — "**A proposta, satisfeitas as formalidades dos artigos 6º e 7º**, será encaminhada à Comissão competente, que emitirá parecer, do qual constará especificadamente" ... § único: — "o parecer **concluirá pelo arquivamento da proposta**, se não forem atendidas as determinações da Constituição Estadual e desta lei".

Ora, o projeto combatido traz a data de 31 de outubro de 1960, como se vê da fôlha do Diário Oficial exibida às fls. 16. Portanto, nos têrmos explicitíssimos da lei 140, não podia ser "tomada em consideração a proposta". Cumpria à Mesa da Assembléia, no exercício de atribuição própria, de **caráter não legislativo**, rejeitá-la de plano, porquanto inadmissível em ano cujo milésimo não seja 2 e 7. "Não há jôgo de ginástica capaz de fugir a essa premissa", é asserto correto do suplicante, "salvo, já se vê, que alguém queira convencer, que o ano de 1960 houvesse terminado em 2 ou 7" como asserteou.

Bem, havendo a Egrégia Mesa tomado em consideração a proposta, cabia à Comissão competente ordenar seu arquivamento, por desatender a terminantes prescrições das leis 140 e 1.003. Esta é a única conclusão, frente ao parágrafo único do último diploma.

Preceitos assim imperativos e induvidosos, bastaram-nos. É mansa e pacífica, em nosso espírito, a convicção de que os abnegados Representantes do Povo escreveram-nos para cumprimento efetivo. Se alguém os desrespeitou e com isto feriu direito líquido e certo de outrem, a tarefa de torná-los respeitados — parta de onde partir a afronta —, parece-nos, é da estrita competência do Judiciário. Não há negar a violência contra a lei. Sentimo-nos no dever de reconhecê-la e, contra o ofensor, providenciar a segurança que restituirá ao ofendido o pleno gôzo do seu direito, executando mandamento irrefragável contido na garantia constitucional. Salvo se interpretar-se não tenha jus o Município de Canavieiras, de modo líquido e certo, à posse do seu patrimônio territorial.

Evidentemente, a hipótese é de mandado de segurança preventivo. A ameaça e desvelada. Caracterizam-na, sem rebuços, o recebimento da proposta e o seu encaminhamento pela comissão, ao invés de rejeitá-la, a Mesa, ou arquivá-la, a Comissão. Esperar-se que o projeto seja convertido em lei, para que se declare positivada lesão que justifique ato judicial concessório da garantia constitucional, afigurou-se-nos negar ao instituto finalidade preventiva, prevista na sua lei regulamentadora (art. 1º, lei 1.533, 31/12/51).

É claro que a função do Congresso imune ao contrôle pelo mandado de segurança é sòmente a função específica, a lei ou o decreto legislativo. Não os atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, no desempenho das funções que lhes são próprias, para as quais está, aliás, expressa a competência judicial (art. 101, I, letra i) e, portanto, a cabida da segurança", diz Castro Nunes (Do Mand. de Seg. 6ª ed., pág. 107). Noutro escólio, lê-se: "...Ter-se-ia então de fixar que, não obstante os têrmos elásticos da lei, tais autoridades não poderiam ser outras senão as que, na direção dos trabalhos das Câmaras legislativas, praticassem atos de natureza administrativa. São êsses atos, não legislativos, mas oriundos de autoridades legislativas, os que podem autorizar o mandado de segurança" (ob. cit., 115).

Temos como certo que a Mesa executa tarefas mèramente administrativas e outras afins, não pròpriamente legislativas, à maneira de correição, também estas, por que não inerentes à função específica, susceptíveis de contrôle judiciário. É a hipótese em exame: — a lei 140 atribuiu à Mesa, na pessoa do seu Presidente, o poder de rejeitar, de não tomar em consideração, de recusar encaminhamento à proposta "que não seja presente à Assembléia até o dia 30 de abril dos anos de milésimos 2 e 7". Em assim decidindo, atuará a Mesa em função corregedora, evidentemente não legislativa. O ato descumpridor da lei que lhe impôs essa obrigação, sob essa interpretação, caracterizando nítida ilegalidade, pode ser sanado pelo **writ**, sem desnaturamento do instituto e sem invasão de alheia seara.

Queremos dar destaque, como remate, ao fato de que às luzes da técnica jurídica, as leis emancipadoras de Distritos, não sendo genéricas e abstratas, **não são leis**. Simplesmente, **são atos administrativos** com forma de lei.

Renato Mesquita.
Geminiano Conceição.
A. Mirabeau Cotias.
W. Oliveira e Sonsa.
Nicolau Calmon de Bittencourt.
Adhemar Raymundo. *
Arnaldo de A. Alcântara. *
Evandro Andrade. *
Adolfo Leitão Guerra.

Fui presente: **José Martins Catharino** — assino, como Procurador Geral, por causa da aposentadoria do Sub-Procurador Domingos Marques Ferreira, que me substituía na ocasião do julgamento.

VISTA DE AUTOS FORA DE CARTÓRIO

Sendo o prazo para recurso comum a ambas as partes, não pode o advogado de uma delas retirar os autos de cartório, até porque, para êsse fim, o Código de Processo Civil não cuida de vista. O direito conferido ao advogado, de receber os autos com vista, mediante carga, não é absoluto, cabendo ao juiz, na direção do processo, harmonizar os interêsses profissionais do advogado com os da parte adversa e com o bem comum.

Ag. n. 4609 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

---

* Juízes convocados.

ACÓRDAO

Visto, relatado e discutido o agravo regimental de fl. 73, interposto por José Macêdo de Oliveira, nos autos da apelação cível de Mundo Novo, n. 4609, em que figura como apelante Landualdo Novaes Macêdo.

Acordam, unânimemente, os Juízes do Tribunal de Justiça da Bahia negar provimento ao agravo. Publicado o acórdão que deu provimento à apelação, o advogado ANTÔNIO FELICIANO DE CASTILHO, como procurador de JOSÉ MACÊDO DE OLIVEIRA, pediu fosse autorizado o escrivão dêste Tribunal a "dar-lhe vista dos autos fora de cartório", a fim de interpor o recurso cabível, em favor do seu constituinte (fls. 71).

Indeferido o pedido, interpôs o presente agravo regimental, alegando que o seu direito à vista dos autos fora de cartório decorre de dispositivos legais expressos, quais sejam o art. 25, VI do Regulamento da Ordem dos Advogados e art. 215 da Lei de Organização Judiciária (Lei 175, de 2/VII/49).

2 — O regulamento da Ordem dos Advogados, ao inscrever aquêle direito, ressalva: "na forma das leis de processo" art. cit.).

O ato processual de "Vista" dos autos não foi regulado com clareza pelo Código de Processo Civil. Prevê êle duas espécies de vista, uma "fora de cartório" (art. 36) e a outra "em cartório" (arts. 595, 767, 801, § 4º do art. 845 e 1.025). De modo que a interpretação mais acertada será no sentido de que, quando o Código se refere simplesmente à "vista" (arts. 837, 842 n. IV, 854 § 2º, 865, etc.), deve entender-se como sendo fora do cartório em atenção mesmo à regra, de caráter geral, do seu art. 36.

Restringir êsse direito apenas aos casos em que o Código fala em "vista" quase que importaria em sua negação, tão limitados são aquêles casos. De sorte que, mitigando o rigorismo do Código, vem-se admitindo que, tôda vez que a parte tenha de "falar" no processo, sem que o prazo seja comum aos contendores, poderá o seu advogado receber os autos mediante carga.

Êsse direito, porém, não é absoluto. Como bem salientou o Des. GUILHERME ESTELITA, em excelente Provimento sôbre o assunto, "cabe ao juiz, no uso de seus poderes de direção do processo (art. 112), a tarefa de exercer a vigilância necessária, com o fim de harmonizar os interêsses profissionais dos advogados com as exigências de bem público". (REV. FORENSE, vol. CXL/555). De modo que o direito que a Lei de Organização Judiciária (art. 215) e o Regulamento da Ordem (art. 25, VI) concedem ao advogado, de poder retirar autos do cartório, deve ser interpretado em harmonia com as disposições do Código de Processo Civil e com as exigências do bem comum. Assim êsse direito não pode ser reconhecido quando a lei mandar que a vista "seja em cartório", ou quando o prazo de "vista" ou para "falar nos autos" seja comum a ambas as partes (cfr. p. ex. o art. 486 do Cód. cit.).

Na hipótese em exame, o Código não alude à vista para a interposição de recurso, nem se pode cogitar aí de prazo para "falar" nos autos, o que era bastante para afastar a possibilidade da retirada dos autos. Ademais, sendo o prazo para recurso comum às partes, essa circunstância, por si só, desaconselhava a vista fora de cartório.

Salvador, Bahia, 29 de abril de 1960.

Santos Cruz — Presidente em exercício e Relator (§ único do art. 167 do Reg. Int.).

Álvaro Clemente
Dan Lobão
Vieira Lima
Evandro Andrade *
Antônio Bensabath
Gilberto de Andrade
Simas Saraiva
Aderbal Gonçalves
Geminiano Conceição
W. de Oliveira e Sousa
Nicolau Calmon de Bittencourt
Mirabeau Cotias
Adolfo Leitão Guerra
Arnaldo de A. Alcântara *
Alibert Baptista
J. Maciel dos Santos *

Deixam de assinar o acórdão os Desembargadores Amarílio Benjamin e Cândido Colombro, em virtude de haverem sido nomeados o primeiro para o Tribunal Federal de Recursos e o segundo para o Tribunal de Justiça de Brasília.

Santos Cruz.

IMPÔSTO DE EXPLORAÇÃO AGRÍCOLA E INDUSTRIAL

Não é inconstitucional a arrecadação dêsse tributo pelos Municípios, em conformidade com a legislação estadual específica, eis que esta, não sendo explícita ou implìcitamente incompatível com o nosso regime político vigente nenhuma ofensa faz à letra ou ao espírito da Constituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição e de recurso **ex-ofício** da Comarca de Valença, sob n. 492, em que são agravante e recorrente a Cia. Valença Industrial e o Juízo de Direito, sendo agravada e recorrido a Fazenda Pública do Município:

A ação foi proposta pela Prefeitura de Valença, para cobrar executivamente da agravante importâncias provenientes da falta de pagamento, em vários exercícios financeiros, do Impôsto de Exploração Agrícola e Industrial.

A defesa da executada (fls. 27) estribou-se, firme e forte, na alegação da inconstitucionalidade do impôsto que lhe era exigido, sustentando, em resumo, que êle, além de não incluído no rol dos municipais relacionados no art. 29 da Constituição também se reveste, pela forma como arrecadado, das características dos impostos de consumo ou exportação, peculiares à União ou aos Estados, constituindo-se, assim, em bi-tributação condenada **pela lex fundamentalis.**

Essas alegações foram reiteradas nas razões de apelação de fls. 123, aduzindo-se-lhes os argumentos de que, depois da vigência da Constituição, nenhum impôsto foi criado e transferido pelo Estado aos Municípios, e de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relativo a um caso de Mi-

---

* Juízes convocados.

nas Gerais, se manifestou pela inconstitucionalidade dêsse tributo.

E, finalmente, na assentada do julgamento plenário, êsses argumentos, mais explìcitamente, foram condensados na afirmação de que o referido impôsto fere, de frente, os arts. 13, § 2º, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 141, § 34 e 21 da Constituição, porque:

1º — Trata-se de impôsto cuja incidência ficou extinta desde 1º de janeiro de 1952, diante dos claros têrmos do primeiro dispositivo citado;

2º — Inexiste lei municipal prévia, autorizando a criação do impôsto de exploração agro-industrial, ou os seus sucessivos aumentos que, sôbre figurarem apenas nas leis orçamentárias do Município, também se acham atualmente decuplicados, com flagrante desrespeito à segunda regra invocada; e

3º — Os Estados só podem transferir aos Municípios os impostos da sua competência privativa e não os concorrentes ou residuais, visto que êstes, sendo comuns ou partilháveis, a sua arrecadação cabe exclusivamente ao Estado, em acôrdo com o que estabelece o último daqueles preceitos constitucionais.

Examinadas essas proposições, na mesma ordem em que formuladas, é de salientar-se, de início, que a alegada bitributação, baseada em que o impôsto recai nos mesmos produtos gravados pela União e pelo Estado com os impostos de consumo e exportação, não encontra amparo nos princípios gerais do direito financeiro. O que caracteriza um tributo, distinguindo-o de quaisquer outros que com êle se possam confundir, não é a sua modalidade de arecadação nem o fenômeno da sua repercussão, mas tão sòmente o seu fato gerador, devendo-se entender como tal, na **communis** opinio dos nossos mais conhecidos financistas, o fato ou conjunto de fatos correlatos, de cuja ocorrência a lei faz emanar, para o fisco, o direito de cobrar o tributo (R. Gomes de Souza, Rev. Forense, v. 139, ps. 67 e segs.). Manifestando-se sôbre o assunto, em recente e erudito parecer, Aliomar Baleeiro, depois de acentuar que "não há exagêro na afirmação de que impostos diversos, entregues a competência constitucional diferente, quase sempre usam, em certos casos, a mesma técnica de cálculo e arrecadacão", oferece vários exemplos de cobrança de tributos federais e estaduais nessas condições, concluindo:

> "Êsses e outros exemplos, colhidos na recente jurisprudência, provam à saciedade que, em nosso direito positivo, com o **placet** dos tribunais, não é pela técnica de cálculo, liquidação e cobrança que se caracterizam os impostos. Embora de competência diversa e de diferente índole, êles, não raro, adotam o mesmo processo de fixação da alíquota sôbre igual base econômica de outros" (Rev. cit., v. 171, p. 84 e segs.).

Tendo o Impôsto de Exploração Agrícola e Industrial por fato gerador a simples produção da lavoura, da pecuária e da indústria, salvo a extrativa de minerais e de energia elétrica (art. 15, III, § 2º, da Constituição), segue-se que não é possível a sua identificação com os de consumo e exportação, apenas porque todos são arrecadados por ocasião do embarque da mercadoria produzida no Município, ou porque se adota, nessa cobrança, o mesmo critério de computação, que é a Guia de Estatística Econômica, instituída pelo Estado no Dec. n. 10.795, de 22 de julho de 1938. A sua incidência, só porisso, não deixa de assentar elemento próprio e característico, nem se confunde nos mesmos fatos imponíveis, os quais continuam diversos e distintos entre si, isto é, a produção em si mesma, o seu consumo e a sua exportação ou saída do país para o estrangeiro constituem a causa mesma do tributo e que Dino Jarach tão bem definiu como "a circunstância ou critério que a lei toma como razão necessária e suficiente para justificar que, da ocorrência de um determinado pressuposto de fato, deriva a obrigação tributária" (El Hecho Imponible, ed. da Rev. de Jurisp. Argentina, 1943, p. 38).

Diferentes e distintos são os **pressupostos** dêsses tributos, cada um dêles assentando a sua razão de ser em fatos identificáveis entre si, já que seria absurdo, mesmo do ponto de vista lexicológico, estabelecer-se uma sinonímia entre produção, consumo e exportação. E como seu denominador comum, restaria apenas a maneira ou o **modus faciendi** do seu recolhimento aos cofres públicos e para o qual, não impondo a Lei Magna forma especial, impossível também é admitir-se que ela repudie o sistema ou processo de arrecadação preferido pela agravada e, muito menos, que isso importe em bitributação condenada pelos cânones constitucionais.

A outra alegação, referente à vulneração da refra do art. 13, § 2º, II das Disposições Constitucionais Transitórias, também não encontra ressonância na letra ou no espírito da Constituição. O simples enunciado dêsse preceito mostra que a **voluntas legis** foi a de extinguir, a contar de 1º de janeiro de 1952, tão sòmente os tributos privativamente atribuidos à União, aos Estados e aos Municípios e que, com a nova ordem constitucional, foram transferidos da competência de uma para outra dessas entidades de direito público, tal como sucedeu com o Impôsto de Indústrias e Profissões. Para demonstrá-lo, por maneira simples e intuitiva, além da valiosa opinião de Pontes de Miranda (Coments. à Constituição de 1946, v. IV, p. 247), poder-se-á invocar a circunstância, que não é despicienda, de o dispositivo citado (art. 13) haver determinado expressamente que "a discriminação de rendas estabelecida nos arts. 19 a 21 e 29" entraria em vigor a 1º de janeiro de 1948, "na parte em que modifica o regime anterior". Vale dizer, a **contrario sensu** e em têrmo de rigorosa adequação, que nada haveria a alterar no que se reque a nova distribuição de rendas nenhuma modificação introduziu no anterior quadro da fere à vigência dos tributos residuais, desde tributação geral do país, a não ser aquela, já apontada, da atribuição total do Impôsto de Indústrias e Profissões aos Municípios.

Além disso, se se pudessem incluir os tributos concorrentes entre os extinguíveis a partir de 1.º de janeiro de 1952, chegaríamos cedo a uma encruzilhada de perplexidade. De um lado, e em plano mais elevado, teríamos o art. 21, disposição de caráter permanente — e é bem que se não perca de vista essa particularidade — permitindo e autorizando os Estados a "decretar outros tributos além dos que lhe são atribuidos por esta Constituição, sem quaisquer restrições ou limitações de tempo de vigência; e do outro, em escala mais baixa, encontraríamos a regra do art. 13, § 2.º, II, de ordem transitória, dizendo inoperantes, a partir daquela data, todos os tributos que "se não incluam na competência dos governos que atualmente os arrecadam", mesmo os que, com a permissão do próprio art. 13, **caput**, foram decretados ou mantidos, o que dá no mesmo, depois de 1.º de janeiro de 1948. A contradição manifesta e indissimulável entre as duas normas assim entendidas indica bem o único rumo certo e seguro a ser seguido pelo intérprete da lei fundamental, qual o de entender que o art. 13, § 2.º, II, não diz respeito aos tributos concorrentes, mas apenas aos que saíram, com a nova discriminação tributária, da área de com-

petência da entidade que antes podia decretá-los e o havia feito, para entrar na esfera privativa de outra. Os mais elementares princípios de hermenêutica, realmente, se orientam no sentido da interpretação da lei pela harmonia e ajustamento dos seus dispositivos, postos em confronto, de maneira que, na conhecida lição de Carlos Maximiliano, não conduza a incoerências ou contradições do legislador consigo mesmo (Herm. e Aplicação do Dir., 3.ª ed., p. 205).

No caso em exame, tendo-se em vista os claros têrmos do art. 21 e do próprio art. 13, **caput**, que autorizou a decretação de impostos concorrentes, pelo menos a partir de 1.º de janeiro de 1948, observa-se que o seu § 2.º, n.º II, estaria em franco e aberto conflito com essas outras disposições, se pudesse abranger os tributos residuais e impor a sua extinção a contar de 1.º de janeiro de 1952. E como um tal entendimento não tem sentido, não se ajusta ao espírito da Constituição nem às regras mais singelas da sua exegese, nenhuma dúvida poderá subsistir quanto à constitucionalidade da arrecadação do malsinado impôsto pelos Municípios.

No que se refere, em especial, ao nosso Estado, o legislador constituinte, além de estabelecer, no art. 99 da Constituição Estadual, que a receita dos Municípios seria constituida pelos "impostos e taxas previstos na Constituição Federal e nas **leis**", sem fazer a mínima distinção entre leis vigentes e futuras, também incluiu nas atribuições da Assembléia Legislativa a de "legislar sôbre qualquer matéria da competência do Estado" (art. 28, I). Valendo-se dessa autorização, a mesma Assembléia votou a Lei Orgânica dos Municípios (Lei n.º 140, de 22/12/948) — portanto, depois de 1.º de janeiro dêsse ano, como determinava o invocado art. 13 das Disposições Transitórias — em cujo art. 169, n. VI, dispôs que: "compete ao Município arrecadar impôsto sôbre exploração agrícola e industrial". Isto põe em relêvo que o Estado, podendo decretar outros tributos além dos que lhe são atribuidos pela Constituição Federal, usou dessa faculdade, não para criar o referido impôsto, o que já fizera pelos Decs.-lei ns. 11.215, de 6/2/939, e 475, de 21/3/945, mas — o que vale o mesmo — para mantê-lo integralmente, inclusive no que concerne à respectiva arrecadação pelos Municípios. Essa legislação acha-se, sem dúvida, em pleno vigor, desde que não contraria o sistema constitucional dominante, nem é incompatível com qualquer dos seus mandamentos. Em verdade, pela disposição do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil, que é regra geral de eficácia da lei no tempo, aplicável a quaisquer normas jurídicas ou a quaisquer fontes de Direito, como já esclarecia Pontes de Miranda desde 1934 (Comts. à Constit., v. II, p. 559), para que uma lei contrarie explícita ou implìcitamente as disposições da Constituição, basta que não pudesse ser feita na sua vigência. O contrário, porém, com relação às leis criadoras de tributos concorrentes, é o que se verifica com os arts. 21 e 13 citados, ambos permitindo que os Estados os decretassem e de cuja licença se valeu o nosso legislador ordinário, não só para manter a vigência do Impôsto sôbre Exploração Agrícola e Industrial, mas também para transferí-lo tàcitamente aos Municípios, com atribuir-lhes a respectiva arrecadação. Outra não foi a razão que levou o Supremo Tribunal Federal, enfrentando o problema da continuidade das leis anteriores em face da Constituição, a proclamar que, enquanto não há derrogação expressa ou incompatibilidade radical e irredutível entre a lei antiga e a **novus ordo**, aqueia remanesce, porque a questão versa, como em todo o tema de revogação tácita da lei, precisamente sôbre a existência de incompatibilidade entre esta e o novo regime (Rev. Forense, v. 137, p. 189). E êsse conflito jamais ocorreu entre os decretos-lei estaduais citados e a Constituição vigente, porisso que já vem da Carta Magna de 1934 (art. 10, n. VII), poderia existir entre os decretos-lei estaduais confirmada pela de 1937 (art. 24), a autorização aos Estados para a decretação de outros tributos além dos que a êles foram privativamente atribuidos, e de que o nosso se utilizou para criar o impôsto em causa e transferí-lo aos Municípios.

Nem se argumente, com apoio na segunda parte do mesmo art. 21, que êsse tributo não poderia ser transferido aos Municípios para que o arrecadassem, visto que essa arrecadação há que ser feita pelo Estado e o seu produto partilhado entre aquêles e a União.

No que se refere à questão da transferência, os nossos mais destacados constitucionalistas e financistas são acordes em que nada a impede. Entre os primeiros, alinha-se o insigne Pontes de Miranda, afirmando:

"Também os impostos previstos no art. 21 como de competência dos Estados-membros, se bem que **concorrente** e **cortável**, podem ser pela Constituição estadual, ou pela lei ordinária, se nisso anuiu a Constituição estadual, devolvidos aos Municípios, quer na sua totalidade, quer em parte, quer sòmente a respeito de algum ou alguns dêles. Então, a imposição federal, que sobrevém, corta a imposição municipal, como cortaria a estadual" (Comts. à Const. de 1946, v. I, p. 490).

No mesmo sentido, a lição de A. Baleeiro, quando assevera que, embora os Municípios não possam instituir impostos, fora dos que lhes tocam no art. 29 ou lhes foram transferidos, entretanto, mediante convênio ou **delegação legal** do Estado, poderão arrecadar os impostos previstos no art. 21 (Limits. Consts. ao Direito de Tributar, 1.ª ed. p. 26).

Alem disso, é preciso se atente em que os têrmos amplos e irrestritos do art. 29, ao falar em impostos que, "no todo ou em parte, forem transferidos pelo Estado", não permitem se limite essa transferência aos tributos contidos na esfera privativa do transferente. A velha e insubstituível regra do direito romano — **ubi leges non distinguit nec nos distinguire debemus** — tem especial aplicação às disposições constitucionais, como atesta C. Maximiliano, ao dizer que "onde um poder é conferido em têrmos gerais, interpreta-se como **estendendo-se** de acôrdo com os mesmos textos, salvo se alguma clara **restrição** fôr deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita" (op. cit., p. 369). Igual opinião já manifestara o profundo Pontes de Miranda na Introdução aos seus "Comentários à Constituição de 1937", acentuando que "se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, há de preferir-se aquela que lhe dê a mais ampla extensão jurídica (Thoma); e o mesmo vale quando há mais de uma interpretação de que sejam susceptíveis duas ou mais regras consideradas em conjunto, ou de que seja susceptível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição é excepcional" (vol. I, p. 169).

Ambos êsses pareceres servem para reforçar a convicção de que os arts. 21 e 29 permitem, na sua desenganada amplitude, que sejam os impostos concorrentes transferidos aos Municípios. O mesmo se poderá dizer sôbre a questão da sua arrecadação por êstes, já que os tributos residuais só se tornam partilháveis, cabendo então a sua cobrança exclusivamente ao Estado, quando imposição semelhante fôr decretada pela União. A forma adversativa dada à redação da primeira parte do art. 21 — "mas o impôsto federal excluirá o estadual idêntico" — suscitando a idéia de oposição entre os dois impostos, não deixa a mínima

dúvida de que é necessária e até indispensável a preexistência do estadual para que o federal o pudesse excluir, mesmo porque seria inconcebível a exclusão do que não existe. E como antes de se verificar essa exclusão, por meio de impôsto decretado pela União, o tributo é estadual, no qualificativo da mesma regra constitucional, segue-se que o Estado poderá, não só arrecadá-lo sem a obrigação de repartí-lo, mas também transferí-lo, no todo ou em parte, aos Municípios, já porque se trata de impôsto exclusivo enquanto com êle não concorrer o federal, já porque "aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados pela Constituição" (art. 18, § 1.º).

Da mesma forma quando o tributo fôr decretado pela União, sem que exista "impôsto idêntico" anteriormente criado pelo Estado, a sua cobrança será efetuada exclusivamente pelo fisco federal, porisso que não há na letra do art. 21, estabelecida e fixada, uma reciprocidade de direitos tributários, de maneira que se possa considerar concorrente a oneração estadual posterior, para o fim de ser arrecadada pelo Estado e partilhada com a União e os Municípios. Prevalecerá sempre o impôsto federal, com exclusividade, por não haver a disposição constitucional conferida à tributação estadual posterior o efeito, siquer, de subsistir paralelamente com a decretada pela União, só se podendo, portanto, falar em têrmos de concorrência de tributos quando o estadual, além de preexistente, fôr também "idêntico" ao federal. Pela mesma razão, isto é, assim como não é possível admitir-se a aplicação da norma da segunda parte do art. 21 a êsses casos, igualmente inadmissível será a sua incidência quando a União deixar de estabelecer aquela concorrência, com a decretação de impôsto "idêntico" ao exigido pelo Estado, porque é intuitivo, realmente, e por assim dizer até espontâneo o raciocínio de que não poderá haver **concorrência**, nem se falar em **impostos concorrentes**, se há apenas um dêles — federal ou estadual — incidindo sôbre êste ou aquêle fato imponível.

Ficaria, assim, em dúvida, tão sòmente o fato de saber se, tendo a Lei n. 140 atribuido aos Municípios apenas a arrecadação do impôsto em exame, poderão êles também lançá-lo e aumentá-lo. O assunto, apesar de não ter sido objeto de debate, ou siquer de cogitação no curso da demanda, entretanto, merece atenção e se resolve pela consideração de que os impostos transferidos, na expressão do art. 29, "**pertencem** aos Municípios" e valem como se fôssem privativos, até que essa transferência seja revogada, e, em tais condições, têm êles a mais ampla liberdade para lançá-los e majorá-los. Nesse sentido de amplitude é que se há de entender o art. 169, n.º VI, da citada Lei Orgânica, quanto à competência de arrecadação conferida aos Municípios, ainda mais quando no mesmo dispositivo estão relacionados todos os tributos e rendas constitutivos da receita municipal, o que bem mostra a perfeita sincronização da **mens legis** com o art. 29 da Lei Magna, ao declarar os impostos transferidos **pertencentes** aos Municípios, cabendo-lhes, porisso mesmo, o incontestável direito de majorá-los, como sucede com os que lhes são privativamente atribuidos e aos quais aquêles se acham equiparados pelo preceito constitucional.

É verdade, por outro lado, que essa majoração há que se cingir às exigências do art. 141, § 34, da Constituição, não podendo prevalecer senão mediante lei prévia e consignação orçamentária, cuja falta é apontada pela agravante como um dos motivos de inconstitucionalidade do impôsto cobrado pela agravada. Mas, sem razão, porque se, como acentuou o ilustrado patrono da primeira na sua exposição oral, trata-se de uma disposição de clareza meridiana, nos moldes da **optima lex** do conhecido aforismo de Bacon, no entanto, está nos autos, trazida pela própria defesa (fls. 144), a prova irrecusável de que o Município de Valença, desde 1939, com o Dec.lei n.º 24, de 28 de agôsto do mesmo ano, promulgado em decorrência da citada Lei estadual n.º 11.215, de 6/2/939, havia instituido o Impôsto de Produção sôbre os seus produtos agrícolas, animais e industriais, a ser cobrado mediante tarifa estabelecida anualmente, "tomando-se por base o valor médio da produção no último triênio, não podendo a tributação exceder de 3% do valor oficial do produto" (art. 1.º).

Por outro lado, o Orçamento municipal para 1948 (fls. 148), também posto neste **in folio** pela agravante, além de conter a previsão daquele impôsto e de fixar o seu **quantum** em Cr$ 0,01, quer para a produção de tecidos, quer para a de fios de algodão, também fê-lo recair, respectivamente, sôbre as unidades de medida (1 metro) e de pêso (1 quilo), como se vê a fls. 29 daquele opúsculo da lei orçamentária municipal.

Satisfeitas se acham, portanto, ambas as exigências do citado art. 141, § 34, dispensando o assunto outras e mais largas considerações, já que se não fêz prova de que essa taxa de um centavo, cobrada por quilo de fio ou por metro de tecido de algodão produzidos pela agravante, cujo valor básico é desconhecido, sobrepassa o teto de 3% da Lei n.º 24, a qual, ainda por êsse aspecto da proporcionalidade da sua tarifa, mostra-se imune a quaisquer censuras, porisso que adota o critério determinado pelo art. 202 da Constituição, de referência à graduação do tributo em conformidade com a capacidade econômica do contribuinte.

Essas mesmas razões também levam à certeza de que a decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, por certidão a fls. 142, não se ajusta ao caso concreto, eis que pelo seu teor, especialmente na parte final, verifica-se que, no processo julgado pela nossa mais alta côrte de justiça, havia prova de que o impôsto fôra majorado, no exercício a que se referem os autos, sem lei prévia e sem consignação orçamentária, o que, como já salientado, não ocorre na espécie em aprêço.

Acresce a isso, a circunstância de tratar-se de um acórdão isolado, quando é sabido e certo que existem, em sentido contrário, isto é, reconhecendo a constitucionalidade do Impôsto de Exploração Agrícola e Industrial, outras decisões em um rol de recursos oriundos do Estado de Minas Gerais e difundidas nos repositórios de jurisprudência do país (Rev. Forense, vols. 97, p. 137; 104, p. 491; 111, p. 428; 113, p. 100, etc.), sendo que, mais recentemente, o mesmo e douto colégio se externou pela constitucionalidade do tributo ainda quando incida sôbre produtos da lavoura e indústria canavieiras, já onerados por taxas federais arrecadadas pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (Rev. cit., v. 158, ps. 108/111).

Mas, quando assim não fôsse e, de par com êsses, outros tantos julgados existissem sufragando o entendimento do de fls. 142, isto serviria apenas para pôr em relêvo a inexistência de uma jurisprudência uniforme e pacífica, assentada pelo Supremo sôbre o assunto, e que pudesse impor a sua autoridade aos juizes inferiores. Essa imposição, aliás, não poderia prevalecer entre nós, em nenhuma hipótese, já que importaria, como várias vêzes tem salientado o insigne Orozimbo Nonato — a mais alta expressão da Magistratura nacional — em grilhetar o julgador à tirania de uma obediência servil e a uma sequacidade cega às decisões dos tribunais superiores.

A opinião singular e contrária de Lúcio Bittencourt, não é de aceitar-se alicerçada,

como se apresenta, apenas em parecer de Black, constitucionalista norte-americano, em cujo país predomina, no particular, o critério da adesão aos precedentes, da subordinação ao regime do chamado a system of case law, mas que tanto lá quanto na Inglaterra tem sofrido as mais severas críticas, a pretexto de que imobiliza a jurisprudência e impede a evolução do Direito, máxime na época atual, infensa às soluções Jurídicas padronizadas. E entre os pregoeiros da reação contra o comodismo dos que se limitam a copiar precedentes, alinha-se um dos mais destacados ministros da Côrte Suprema dos EE. Unidos — Benjamin N. Cardoso — ao censurar os juizes cuja noção do dever se cinge "à idéia de casar as côres do caso concreto, que têm em mãos, com as côres de muitos modelos de casos, espalhados pela sua mesa de trabalho", acrescentando:

> "Mas, naturalmente, nenhum sistema de direito vivo pode evolver mediante tal processo, e nenhum juiz de uma alta Côrte, digno de sua investidura, encara a sua função tão estreitamente. Se nisso consistisse a nossa profissão, haveria nela muito pouco interêsse intelectual. O homem que possuisse o melhor fichário dos casos julgados seria, também, o juiz mais sábio" (A Natureza do Processo e a Evolução do Direito, trad. de Lêda B. Rodrigues, p. 18).

De todo o jeito, porém, na espécie ocorrente, mesmo que ainda estivesse em vigor o Dec. n.º 23.055, de 9/8/933, que mandava a Justiça dos Estados interpretar as leis da União de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (art. 1.º), nem assim se poderia deixar de reconhecer a constitucionalidade do impôsto em causa. É que a grande maioria dos julgados dessa alta côrte tem sido precisamente em pról dêsse entendimento, o que impõe a conclusão de que as decisões em contrário devem ser havidas por infringentes do seu pensamento sôbre o assunto.

Acorda, pois, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, constituido pela totalidade dos seus membros, em julgar, por maioria de votos, constitucional a arrecadação, pelo Município de Valença, do Impôsto de Exploração Agrícola e Industrial, determinando sejam êstes autos devolvidos à 2.ª Câmara Cível dêste Tribunal, para os devidos fins.

Salvador, 1.º de agôsto de 1958.

Alvaro Clemente — Presidente

A. Mirabeau Cotias — Relator designado.

Geminiano Conceição — relator, vencido, com a declaração de voto que adiante se segue.

— Trata-se de uma ação executiva movida pela Prefeitura Municipal de Valença contra a Companhia Valença Industrial para cobrança da quantia de Cr$101.452,60, — proveniente do impôsto sôbre exploração agrícola e industrial, relativo ao exercício de 1948.

Ao pedido inicial juntaram-se certidões referentes a outros débitos da executada, do mesmo impôsto, — de janeiro de 1945, maio a dezembro de 1947 e dos exercícios de 1949 e 1950, atingindo assim o montante geral da dívida a Cr$445.036,10. Na contestação, a executada averbou a inconstitucionalidade do impôsto, cuidando, também, iliquidez da dívida. O M.M. Juiz julgou procedente em parte a ação, por ter feito redução no débito apresentado, mas deu pela constitucionalidade do impôsto.

A Companhia Valença Industrial não se conformou com a sentença, porque dos seus têrmos estava implícito o reconhecimento da iliquidez da dívida, como também, e principalmente, porque se inclinara pela constitucionalidade do impôsto.

De parte a parte, há referências a acórdãos do Supremo Tribunal sôbre a matéria. A Prefeitura, recorrida e agravada, invoca um acórdão dêste Egrégio Tribunal de Justiça, dando pela constitucionalidade do impôsto, o qual foi trazido aos autos, na íntegra, pela certidão de fls. 44 a 45.

Como se vê do texto dêsse Acórdão, foi salientado que a Companhia Valença Industrial — agravante, — não indicara, mesmo para sustentar as suas alegações, qual ou quais os preceitos constitucionais que considerou ofendidos pela taxação por ela impugnada. Acontece, porem, que a recorrente, Companhia Valença Industrial, vem de juntar aos autos certidão do recente acórdão baixado pelo Pretório Excelso, — SÔBRE A MESMA MATÉRIA, O IMPÔSTO SÔBRE PRODUÇÃO AGRÍCOLA E INDUSTRIAL, — ENTRE AS MESMAS PARTES QUE ORA CONTENDEM — DANDO PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO IMPÔSTO.

Proferido nos autos do recurso extraordinário n. 29.313, dêste Estado, recorrente, Companhia Valença Industrial e recorrida a Fazenda Municipal de Valença, o venerando acórdão é a representação tangível e cristalina do Altanado Colégio sôbre a matéria. Assim e que, após considerações de tôda consonância ao caso em lide, conclue a respeitável decisão:

> ..."Realmente, o fato de atribuir-se ao Município pelo artigo 99 da Constituição da Bahia, os impostos e taxas previstos na Constituição Federal e o fato de ter a Lei Orgânica dos Municípios baianos, em seu artigo 169 estabelecido, como receita do Município, o impôsto, sôbre exploração agrícola e industrial, não lhe tira o caráter de inconstitucional, uma vez que pela norma da lei maior federal, incidindo sôbre propriedade imóvel rural, não é de competência estadual e não podia assim ser transferido pelo Estado ao Município. E mesmo que o fôsse não podia haver essa transferência, uma vez que o sistema da discriminação de rendas, que é básica, fundamental e indispensável, não podia ser modificada nesse prazo por legislação estadual, pela forma irregular que o foi. Se se considera como um impôsto que recai sôbre o fato econômico da produção, entraria êle na competência concurrente e, nesse caso, de conformidade com o artigo 21, teria de ser arrecadado pelo Estado para ser partilhado entre a União e o Município.
>
> Não vejo no tributo em aprêço impôsto sôbre atos da economia municipal, não só pela sua denominação, como também pelo ato gerador.
>
> É êle para mim, realmente, inconstitucional. Além do que, sem lei prévia, o orçamento vem sendo aumentado contra o parágrafo 34 do artigo 141. É nesse sentido o meu voto pela inconstitucionalidade, devolvendo os autos à Turma, para nessa base julgar como de direito".

"Decisão.

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Deram pela inconstitucionalidade arguida e determinaram a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal. Decisão unânime". **(Ver certidão de fls. 142 a 143v).**

Tão incisivo é o respeitável acórdão em apontar os preceitos constitucionais violados pela taxação impugnada, nos vários aspectos em que apreciou a sua inoperância, que não sobraram motivos ao Relator do recurso e aos eminentes Desembargadores que se manifestaram ao seu lado, para uma divergência frontal contra o pronunciamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, o intérprete máximo da Constituição e das Leis: ficaram vencidos, assim, votando pelo provimento do recurso ex-ofício e do agravo, para a decretação da inconstitucionalidade arguida.

Dan Lobão.

A. L. Vieira Lima.

E. J. de Souza Carneiro — Vencido na conformidade do voto vencido da lavra do Exmo. Sr. Des. Geminiano Conceição.

Adalício Nogueira — Vencido, nos têrmos do voto do Exmo. Sr. Des. Geminiano Conceição.

Martins de Almeida.

Antonio Bensabath — vencido.

Wilton de Oliveira e Sousa — vencido.

(*) Juízes substitutos.

R. Paranhos (*) — Vencido, nos têrmos do voto do Des. Geminiano Conceição.

Gilberto de Andrade.

Agenor Dantas — vencido.

Amarílio Benjamin.

Santos Cruz — Vencido, nos têrmos do voto do Des. Geminiano Conceição.

Plinio Guerreiro.

Simas Saraiva.

Aderbal Gonçalves — Vencido, nos têrmos do voto do Des. Geminiano Conceição.

José Maciel dos Santos (*)

Mário Lins.

Cândido Colombo.

Fui presente — **J. Calmon de Passos.**

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

AÇÃO RESCISÓRIA — NA CITAÇÃO POR PRECATÓRIA, O PRAZO PARA DEFESA É CONTADO DA ENTRADA DA CARTA, CUMPRIDA, NO CARTÓRIO DO JUÍZO DEPRECANTE

Tempestividade da exceção de incompetência levantada em contestação apresentada ao Relator antes, mesmo, da devolução da Precatória — Competência privativa do Supremo Tribunal Federal, firmada em acórdão exarado em recurso extraordinário não conhecido, cujo fundamento foi ofensa a literal disposição de Lei, para conhecer, processar e julgar rescisória com idêntico fundamento — Acolhimento da preliminar de incompetência do órgão local, sem discrepância.

Ação Resc. n. 134 — Relator: DES. LEITÃO GUERRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de AÇÃO RESCISÓRIA, n. 134, em que são partes: — PEDRO CATALÃO FILHO e sua mulher, Autores, e ROSALINA KRUSCHEWSKY SANTOS MIDLEJ e seus filhos, Réus.

ACORDAM os Desembargadores que integram as Câmaras Cíveis Reunidas, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, perante as quais foi a ação processada, repelir a preliminar de intempestividade da exceção de incompetência e acolher a de incompetência, sem voto divergente.

E assim decidem pelas razões que se seguem:

A ação em julgamento foi proposta com fundamento no artigo 798, I, c, e II, primeira parte, *mutatis mutandis* do Código de Processo Civil tendo em vista o que dispõem os artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal, com o fito de ser rescindida a decisão que condenou o Autor varão a indenização formada de parcelas diversas, como autor intelectual ou mandante do assassínio do Vereador José Adry Midlej, do qual os Réus são viúva e filhos, alicerçada a pretensão dêstes nos artigos 159, 1518, 1525, 1537 e 1540 do Código Civil e, ainda, nos 291 e segs. do Código de Processo Civil.

Na contestação foi arguída a preliminar de incompetência do Tribunal local, para processar e julgar a ação.

Em seu parecer, afirmou o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral da Justiça que a excessão de incompetência, como as demais, deve ser oposta, com suspensão da causa, nos três primeiros dias do prazo para a contestação (Código Pr. Civ., art. 182). E, porque isso não ocorreu, pois, citados no dia 27/8/959, como êles próprios confessaram, sòmente no dia 2 de setembro ofereceram contestação na qual consignaram a exceção, entende S. Excia. que a declinatória veio a destempo, por isso que o triduo começou a fluir da entrega do mandado cumprido, ao cartório (art. 292) e não, como sustentam os Réus (fls. 361v), da devolução ao Juízo deprecante da carta precatória.

Dois Acórdãos, em têrmos concludentes lêem-se em "O Processo à Luz da Jurisprudência", de Alexandre de Paula, abonando essa assertiva. Um, do Supremo Tribunal Federal: — "Em se tratando de citação por precatória, a mesma só se considera feita, e o prazo para a defesa sòmente começa na data em que, devolvida, a precatória der entrada em cartório. É a norma resultando do princípio firmado pelo artigo 292 do Código de Processo Civil e Comercial. Assim entende Carvalho Santos, "Cód. de Proc. Civil Interpretado, págs. 165, *in fine*, e 166" (vol. 19, pág. 546). Outro, do Tribunal de São Paulo: — "O prazo para contestação e oposição de exceções, quando a citação é feita por precatória, conta-se da anexação desta aos autos, ou de sua entrada em cartório, depois de cumprida" (vol. 9, pág. 364). Ambos, unânimes.

Ora, pela certidão de fls. 288v, a precatória chegou ao cartório dêste Tribunal no dia 6 de outubro de 1959, quando feita sua juntada. A contestação, contendo a exceção de incompetência, é datada de 2 de agôsto do mencionado ano, estampando o carimbo apôsto em sua fôlha inicial (128) a data de 3 de setembro, quando despachada pelo eminente Desembargador Relator. Evidente, portanto, que ainda não começara a fluência do prazo de defêsa ao ser recebida e despachada a contestação. Em destaque, observa-se às fls. 350 que exatamente na data em que foi exarado êsse despacho — 3 de setembro — certificou o Sr. Escrivão do juízo deprecado o pagamento das custas e lavrou o têrmo de "remessa e devolução". Houve, pois, antecipação e não intempestividade.

*
* *

Sustentam os Réus ser privativamente competente — para conhecer, processar e julgar a ação vertente — o Supremo Tribunal Federal, em face de anteriormente ter sido a matéria ventilada, sob o mesmo aspecto ora discutido, submetida à sua soberana apreciação, através de Recurso Extraordinário, não conhecido.

Pronunciando-se sôbre o assunto, o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral da Justiça considera incompetente êste Tribunal, porquanto a última decisão proferida na ação cível é do Supremo Tribunal, ao desconhecer do recurso

extraordinário, firmadora da sua competência, consoante os artigos 101, inciso I, letra **k**, da Constituição Federal, e 801 do Código de Processo Civil e Comercial.

Na hipótese dos autos, é manifesta a incompetência dêste Tribunal. Isto porque, na espécie, a ação rescisória assenta no artigo 798, I, c, e II, do diploma processual, fundado o Recurso Extraordinário nas letras a e b, do artigo 101, n. III, da Carta Magna.

Nesse Recurso Extraordinário, como se vê do Relatório de fls. 255/60, **in fine** o recorrente(os Autores), baseado no artigo 101, letras a e b, do n. III, da Constituição Federal, sustentou a inexistência de condenação e a impossibilidade de imputar-se-lhe a autoria intelectual, como mandante do homicídio pelo qual fôra pronunciado, dando como violados o artigo 63 do Código de Processo Penal e os artigos 911 e 912 do Código de Processo Civil e Comercial.

A leitura do Acórdão certificado às fls. 89 evidencia que o Supremo, pôsto não conhecesse do Extraordinário, contudo, apreciou sua fundamentação, exatamente a mesma que serve de alicerce à presente ação invocados num e noutra os mesmos artigos de lei, como ofendidos pela decisão rescindenda, afirmando a a mais Alta Câmara Judiciária do país que os textos do Código Civil foram interpretados segundo a tradição do nosso direito e não houve sequer exorbitância ou exagêro na aplicação dos textos do Código de Processo Civil (fls. 89v.).

Assim decidindo, o Supremo fez sua, embora não conhecendo do Recurso Extraordinário, a decisão do Tribunal da Bahia, confirmadora da sentença recorrida.

Pontes de Miranda, em "Tratado da Ação Rescisória", cita decisões segundo as quais "se o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em recurso extraordinário, sôbre a matéria da rescisória, dela não pode mais conhecer o Tribunal de Justiça, porque rescisória, se houver, terá de ser do acórdão no recurso (Supremo Tribunal Federal, 10 de maio de 1919; Côrte de Apelação, 1º de outubro de 1928)". Prosseguindo. — "Em todo caso, cumpre certificar, precisamente, se a decisão do Supremo abrange o que se traz como pressuposto da ação rescisória". **In casu** o confronto das fundamentos jurídicos evidencia, como já ressaltado, que a decisão do Supremo abrange o que se traz como pressuposto da ação rescisória. E esclarece o jurista insigne: — "Pode bem ser que no Supremo Tribunal Federal se haja julgado recurso extraordinário, e a) a decisão só se tenha referido a ponto da sentença ou a pontos da sentença que não são aquêles ou não é aquêle a respeito dos quais ou do qual se propôs ação rescisória, ou b) a decisão a propósito dos pontos ou do ponto que se discute na ação rescisória tenha sido a de se não conhecer do recurso extraordinário. Tanto na espécie a) como na espécie b) não se estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal" (pág. 274, 3ª edição). Lògicamente, dentro dêsse ensinamento, sendo os pontos da sentença, mantida em tôdas as instâncias, — referentes à vulneração de literais disposições de leis —, atacados no extraordinário, os mesmos pontos fundamentais da rescisória, expressamente declarado pelo Supremo inexistir a arguída lesão, como base do não conhecimento do recurso, é de concluir-se pela competência do Pretório Excelso.

Elucidando mais o assunto, discorre o mestre citado: — "Quando se propõe perante o Tribunal de Justiça ação rescisória de sentença, da qual houve recurso extraordinário e a matéria atingida pelo pedido de rescisão foi feita sua, pelo Supremo Tribunal Federal, pois dela conheceu de recurso extraordinário, o que o Tribunal de Justiça deve fazer e julgar-se incompetente. Se, por êrro de técnica o Acórdão do Supremo Tribunal Federal disse que não havia violação de direito expresso mas usou da frase "não se conhece do recurso extraordinário", está-se diante de questão de interpretação de sentença: ou houve êrro de expressão e o Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito do recurso, caso em que fez sua a decisão da Inferior Instância e a ação rescisória seria da competência do Supremo ou em verdade só não conheceu e então competente é o Tribunal prolator do acórdão rescindendo" (C. Pr. Civ. Com., vol. pág.).

Por seu turno, Bueno Vidigal (Da Ação Resisória dos Julgados, 1948, pág. 103, n. 131, doutrina: — "Se a ação rescisória se tiver fundado no artigo 798, I, c, do Código de Processo Civil é preciso verificar se já não foi objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, a mesma alegada violação de disposição literal, de lei. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que lhe cabe a competência para julgar as rescisórias de decisões da Justiça local, fundadas nesses dispositivos dêste que a matéria já tenha sido alegada em recurso extraordinária, **ainda mesmo que não se tenha conhecido do recurso**".

No mesmo diapasão se pronuncia o eminente Luiz Gallotti: — "Na verdade, quando o Supremo Tribunal Federal houver decidido a causa ainda que através de declaração de não ser cabível o recurso extraordinário, seja no julgamento dêste, seja no do agravo contra despacho que não o admitiu, será competente originàriamente para o julgamento da ação rescisória, se esta tiver por objeto arguições formuladas naquêle recurso. Quando porém se alegar na ação rescisória matéria que não foi objeto do recurso extraordinário, aquela ação proposta contra acórdão do Tribunal local será por êste julgada originàriamente" (Rev. For., vol. 190, pág. 135).

Outro não é o pensamento de Odilon Andrade: — "Decidindo do recurso extraordinário, se dêle toma conhecimento e lhe nega provimento, nem por isso confirma sempre a sentença recorrida. Muitas vezes se limita a decidir que esta não julgou contra a letra da lei federal. Nesta hipótese, se a ação rescisória se fundar em qualquer dos motivos enumerados no artigo 798, inciso I, letra a e b e n. 2, deverá ser dirigida contra a sentença da da justiça local. Se porém o que se alegar para a rescisão fôr a violação de disposição literal de lei, estará em causa o acórdo do recurso extraoridnário, que julgou não se ter dado tal violação, e a rescisória terá por objeto êsse acórdão. **Igualmente na hipótese de não conhecer do recurso** fundado na letra c, do artigo 101, da Constituição, a **ação rescisória, que tenha por motivo atentado contra disposição literal de lei**, visar o acórdão proferido no recurso extraordinário" (Com. ao Cód. Proc. Civ., ed. Rev. For., vol. 9º, págs. 66/7).

Os comentários apontados ajustam-se perfeitamente ao caso em julgamento. Para concluir a explanação, escreveu Pedro Batista Martins um capítulo, cujos argumentos vieram a talho de foice: — "A questão da competência originária do Supremo Tribunal para a rescisão dos seus acórdãos gerou, na prática judiciária, o problema de saber a quem compete o julgamento da ação rescisória fundada em violação de direito expresso, quando o Supremo Tribunal não haja conhecido do recurso extraordinário interposto com o mesmo fundamento. Há quem procure estabelecer distincões bizantinas para concluir pela competência dos Tribunais locais para o julgamento da rescisória, sempre que do recurso extraordinário não haja conhecido o Supremo Tribunal Federal. A meu ver, temerária é a

generalização, pois que só poderá prevalecer a competência dos Tribunais locais naquelas hipóteses em que o Supremo Tribunal não conhece do recurso por qualquer razão de ordem formal ou intrínseca, como, por exemplo, ter sido interposto fora do prazo, ou por se não ter esgotado, prèviamente, os recursos ordinários. Se o Supremo Tribunal não conhece do recurso por entender que o acórdão recorrido não violou direito expresso, decidiu, virtualmente, que êle é conforme o direito, ou, melhor, decidiu de modo idêntico ao acórdão recorrido. Neste caso, é claro que o Tribunal local se torna incompetente para conhecer da rescisória fundada em violação da lei, isto é, proposta com o mesmo fundamento já soberanamente apreciado pelo Supremo Tribunal. Neste mesmo sentido tem o Supremo Tribunal julgado em sessão plenária: — "Tendo sido interposto recurso extraordinário do acórdão rescindendo, embora dêle não houvesse a Turma conhecido, compete ao Supremo Tribunal o julgamento da rescisória" (Ac. 29/9/43, in Arq. Judic., 69, pág. 341).E, ainda: "Compete ao Supremo Tribunal o julgamento da ação rescisória do acórdão que não conhecer do recurso extraoridnário, por considerar não ter havido ofensa da lei federal" — in Arq. Judic., 72, pág. 419 (Rec. e Proc. da Comp. Orig. dos Trib., págs. 75/6).

Como demonstrado largamente, a matéria ventilada no extraordinário é a mesma da presente ação rescisória. O Supremo Tribunal Federal, embora não o houvesse conhecido, apreciou seu mérito, tanto assim que sua ementa tem a seguinte redação: — "Indenização por homicídio: não é lícito ao réu pronunciado goze no cível da mesma impunidade que a fuga lhe proporciona na ação penal. Seria de todo ponto de vista irrisório, contrário a tôdas as leis naturais e humanas, que a substança, permitindo ao réu foragir-se, escupar-se à condenação penal, ainda lhe permitisse reduzir à miséria a família do assassinado (fls. 89v).

Além disso, nos votos preliminares de fls. 89 e 89v, se verifica que o Pretório Excelso apreciou o mérito, afirmando que não houve violação da lei federal na sentença e no acórdão que declararam procedente a ação de indenização.

Como salienta Pontes de Miranda, não se conheceu do recurso extraordinário, mas a decisão se fundou no fato de inexistir violação de lei, fazendo o Supremo Tribunal, com isso, sua a sentença recorrida e, por outro lado, estribando-se os Autores, nesta ação, precisamente nesse fundamento, de ofensa a literal disposição de lei, já apreciada e negada pela mais alta Instância, caracterizada, está, de modo indubitável a incompetência dêste Tribunal, para julgar a ação, para o que é competente, a todas as luzes, o Excelso Pretório.

A simples leitura do acórdão do Supremo (fls. 89, e dos seus votos preliminares, como acima ponderado, mostra a inconsistência do argumento do eminente Dr. Procurador Geral da Justiça, na assentada do julgamento, de que a exposição constante da decisão proferida no extraordinário expressa, apenas, o estudo preliminar e necessário do mérito da causa, para o conhecimento ou não do recurso. É compreensível o argumento. As expressões do aludido acórdão e o profundo alcance do pronunciamento dos Juízes supremos repelem veementemente essa observação. O que está claro, do modo mais franco, é que o não conhecimento envolveu, também, o mérito.

Salvador, 12 de outubro de 1961.

Arenor Velloso Dantas — Presidente.
Adolfo Leitão Guerra — Relator.
Julio Virginio de Santana — Revisor *
Virgilio Melo *
Claudionor Ramos *
Renato Mesquita
Gemininiano Conceição
W. de Oliveira e Sousa
Adhemar Raymundo *
J. M. Viana de Castro *
Arnaldo de A. Alcântara *
Evandro Andrade *

Fui presente: **José Martins Catharino.**

---

* Juízes convocados.

AÇÃO RESCISÓRIA — LEGITIMIDADE "AD CAUSAM" DO TERCEIRO PREJUDICADO PELOS EFEITOS REFLEXOS DA SENTENÇA RESCINDENDA

O arrematante, sob protesto, de imóvel praceado a requerimento de quem não era herdeiro ou legatário do inventariado, investe-se na qualidade de interveniente na ação, equiparado ao litisconsorte, pelo evidente interêsse em que o exito da parte assistida o ponha a coberto dos riscos da evicção

É improcedente a alegação de litispendência não articulada no prazo legal e na forma comum de exceção dilatória.

As preliminares de mérito, que se embutem nos próprios fundamentos da causa petendi, devem ser apreciadas e decididas em conjunto com êstes, na sentença final.

A incompetência ratione materiae, denunciável em todo o curso do processo, constitui motivo de nulidade da sentença proferida por juiz da mesma categoria e alçada dos demais, desde que também não possua a condição de privatividade exigida pela lei para o julgamento de certas e determinadas causas.

A prescrição extintiva do jus agendi não poderá ser invocada na ação rescisória, se não alegada e resolvida na demanda cuja sentença se pretende rescindir.

A falsa prova, suscetível de comprovação na própria ação rescisória é equiparável, com maioria de razões, à prova nula de pleno direito, que tenha servido de fundamento principal da sentença rescidenda.

Os pressupostos sistemáticos do nosso direito formal, máxime os de celeridade e economia do processo, admitem a cumulação das pretensões rescindente e rescisória, por fôrça mesmo do princípio de direito substantivo, que manda restituir as partes ao estado em que se achavam antes da anulação do ato jurídico.

Ação Resc. n. 101 — Relator: DES. MIRABEAU COTIAS

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de ação rescisória, sob n. 101, em que são autores Miguel Dias Lima Santos e outros e réus Jorge Vasconcelos e outros, todos residentes nesta Capital:

A ação foi proposta pelas razões e para os fins expostos no relatório de fls. 231, que fica integrando esta decisão, tendo os r.r. e o interveniente, nas suas extensas defesas, susci-

tado várias questões prejudiciais e de fundo, com o objetivo de convencerem da improcedência das pretensões dos a.a., manifestadas na inicial, e que ora passam a ser apreciadas e decididas.

As preliminares versam, em boa parte, assuntos atinentes à substância da causa, ou com ela entrosadas de tal modo, que não permitem exame em separado, para se julgar, de plano, prejudicada a demanda. Destacadamente, porém, podem ser apreciadas, de início, as relativas à ilegitimidade ativa dos a.a. o passiva do interveniente ambas, aliás, de manifesta improcedência. A primeira, firmada em que só os descendentes de Ana E. G. Santos teriam interêsse legítimo de se oporem ao reconhecimento do réu Jorge como filho natural daquela, feito por escritura pública de 31/12/951 (fls. 21), não encontra o mínimo amparo legal. Em verdade, não exigem o Cód. Civil (art. 76) e o Cód. Proc. Civil (art. 2º), que o legítimo interêsse, econômico ou moral, seja rigorosamente atual e realizado, para que possa o seu titular defendê-lo em juízo porisso que, no particular, é expresso o art. 121 do primeiro, estabelecendo que "ao titular do direito eventual no caso de condição suspensiva, é permitido exercer os atos destinados a conservá-lo". Mas, os a.a. não são aqui, como equicadamente afirma o interveniente, simples detentores de direito eventual e, sim de direito condicional, inconfundível com aquêle, não obstante a estreita e íntima afinidade existente entre êles (Orlando Gomes, Introd. ao Dir. Civil, p. 309). É que, com o falecimento de Ana G. Santos, fiduciária e sucessora única do espólio do testador, por fôrça da cláusula testamentária que o mandava reverter ao domínio e posse dos seus sobrinhos, filhos do seu irmão, Antônio Ferreira Dias Santos, (fls. 7), isto é, aos próprios a.a., se aquela viesse a morrer sem descendentes, êles, na qualidade de fideicomissários dos respectivos bens, tinham e têm o legítimo interêsse de, por todos os meios em direito permitidos, demonstrar a inexistência de tais descendentes. E um dêles, por certo, consiste na anulação do reconhecimento do réu Jorge, cuja consequente situação de filho ilegítimo, de descendente da mulher do testador, não permitiria se verificasse a condição sem a qual os autores não podem recolher a herança aberta do seu tio. Com isso, nada mais fazem que pugnar pela concretização ou subjetivação de um direito que lhes é claramente reconhecido pelos arts. 1.733 e 1.734 do Cód. Civil, sendo que o último, no seu § único, permite que o fideicomissáário, em qualquer caso, exija do fiduciário que preste caução de restituição dos bens da herança. E como essa exigência só poderá ser feita em vida do gravado, é claro que o direito de defender a integridade do espólio se legitima, por parte do fideicomissário, mesmo antes de verificadas as condições impostas pelo testador à cabal realização do seu direito, inclusive a da morte do fiduciário.

O privilégio ou a exclusividade que o interveniente quer atribuir aos herdeiros necessários de Ana G. Santos, não está inscrita na lei, cuja amplitude de abrangência não autoriza uma interpretação restritiva da **facultas agendi** dos a.a., aliás já condenada pela inesgotável sabedoria dos romanos, quando advertiam de que **"odiosa restringenda, favorabilia ampliandа"**. Ninguém ignora, no estado do atual desenvolvimento da nossa processualística, que o legítimo interêsse de acionar não assenta, como esclarece o insigne Pontes de Miranda, apenas no direito subjetivo do autor, porque o processo não defende só direitos subjetivos e pretensões. Se bem muitas vêzes os suponha e tutele, o destino do processo é a atuação da lei, a realização do direito objetivo (Cód. Proc. Civil, v. I, p. 98), o qual, como já visto, aquêles dispositivos do Cód. Civil conferem aos a.a., em decorrência mesmo da sua incontestada condição de legatários, em segundo grau, dos bens deixados pelo seu falecido tio. E bom é se não perca de vista, para a boa compreensão dêsse ponto, que a finalidade da ação rescisória reside, antes de tudo, no propósito de reparar injustiças consumadas, restabelecendo o prestígio da **littera legis** ou do direito objetivo, que constitui, por sinal, o segundo fundamento desta ação.

Outra não é a razão que leva os comentadores da nossa lei processual à afirmação de que o terceiro prejudicado, com direito de apelar ou de opôr embargos à execução (arts. 815 e 708 do Cód. Proc. Civil), tem qualidade para propor ação rescisória. Êsse entendimento do assunto, sufragado também pela jurisprudência dos nossos tribunais (Arq. Judiciário, v. 30, pág. 240), ressalta da circunstância de não ser exigível nem justa, para a legitimação do autor na rescisória, a condição de ter sido parte na ação cuja sentença pretende rescindir. O que se impõe apenas, como pressuposto do legítimo interêsse de agir, é a existência de uma **res judicata** que, padecendo de vícios que a invalidem, haja atribuído a outrem o exercício de direito que a lei, embora sob condição suspensiva, expressamente reconhece a quem pleiteia a rescisão do julgado.

A situação dos autores é bem essa, na presente demanda, e o fato de não terem sido citados na ação de contestação de maternidade, proposta contra a fiduciária quando já conhecida e em plena execução a verba testamentária que os beneficiava, e com o deliberado objetivo de dar um descendente àquela, constitui, de si mesmo, uma evidente violação das regras dos artigos 88, 91 e 93 do Cód. Proc. Civil. Mais um motivo, de certo, para reforçar o seu legítimo interêsse de rescindir a sentença proferida naquela ação, porisso que — é ainda lição autorizada do insuperável processualista — ao cabimento da ação rescisória não importa se o direito violado é material, ou processual, ou até constitucional (op. cit. v. IV, p. 553; o Trib. de Just. da Bahia, Rev. Forense, v. 172 p. 388, assunto êsse, aliás, que envolve questão de mérito, a ser oportunamente apreciada. Por enquanto o objetivo do raciocínio assente naqueles dispositivos de direito formal é apenas o de mostrar que, se os a.a. podem ser havidos por terceiros, e o foram, realmente, na referida ação, nem por isso a decisão que anulou, em parte, o têrmo do registro do nascimento do menor Jorge, deixou de alcançá-los e prejudicá-los em cheio, ao alterar o estado de filiação daquele, visto que, do mesmo passo, atribuiu-lhe a condição de descendente da fiduciária, cortando, **ipso facto**, aos a.a. o direito de recolherem, na qualidade de fideicomissários condicionais, a herança do seu tio. Evidentes e inconfundíveis, aí se estampam, na decisão em exame, os chamados efeitos reflexos da coisa julgada, que atingem não sòmente as partes litigantes, mas ainda todos os que, mesmo alheios ou estranhos ao processo de que ela emanou, se submetem pràticamente ao seu império. A propósito, é bem conhecida a opinião do eminente E. Tullio Liebmann, quando, estabelecendo a distinção entre a eficácia e a auroridade da sentença, hoje ponto pacífico de direito processual, expondo conceitos que, apesar de extensos, merecem transcrição:

"O princípio tradicional de que a coisa julgada se produz entre as partes e sòmente entre as partes, não pode ser suficiente para exaurir o argumento da extensão subjetiva da

sentença. Êle continua exatíssimo e é também, hoje, sancionado pelo direito vigente (art. 1.531 do Código Civil), mas há necessidade de ser integrado de qualquer maneira para tomar em conta um dado de fato que não importa negar e muito menos se pode suprimir, isto é, o da existência ao lado da relação jurídica, que foi objeto da decisão e sôbre o qual incide a coisa julgada, de numerosas outras relações a êle coligadas de vário modo".

"Porisso, ao passo que, abstratamente, as pessoas são sujeitas à eficácia da sentença, pràticamente lhe sofrem os efeitos aquêles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença; portanto, antes de tudo e necessàriamente, as partes, titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois, gradualmente, todos os demais cujos direitos estejam com ela, de qualquer modo, em relação de conexidade, dependência ou interferência jurídica ou prática, seja quanto à sua existência, seja quanto à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, parte ou terceiros, a mesma; a medida dessa sujeição é determinada, ao contrário, pela relação de cada um com o objeto da decisão. Entre as partes, e terceiros, há esta única e grande diferença; que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, o que não acontece com os terceiros"...

..."A conclusão dêste trabalho consiste, por conseguinte, na demonstração de que a sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor do que para as partes, porque para estas os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que, quanto aos terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, por um momento, da terminologia do Código, poderá dizer-se que a sentença tem para as partes uma eficácia da presunção **juris et de jure**, para os terceiros, ao invés, a eficácia de uma presunção **juris tantum**. Sem volver à demonstração do fundamento jurídico da tese exposta, é oportuno, ao contrário, salientar a bondade prática e a equidade da solução que a ela conduz. Ela tem, antes de tudo, a vantagem de utilizar na máxima medida possível a atividade processual cumprida em qualquer juízo pelo órgão jurisdicional e pelas partes, tudo em benefício da economia dos juízos; tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos quanto a relações conexas ou dependentes, diminuindo a ocasião de contradição nos julgados; mas, obtém êsse escôpo sem sacrificar os direitos de terceiros, aos quais, concede ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada **inter alios** seja viciada de erros. Tôdas as teorias mais importantes dão lugar, neste campo, a inconvenientes notáveis, porque são constrangidas ou a estender aos terceiros a coisa julgada ou a recusar reconhecer qualquer eficácia da sentença com relação a terceiros: ou tudo ou nada. As dificuldades se aplainam, admitindo-se uma solução intermediária, que estende também aos terceiros a eficácia mas não a autoridade da coisa julgada" (Eficácia e Autoridade da Sentença, ns. 25, 34 e 42).

O ensinamento do grande mestre ítalo-brasileiro e a solução por êle preconizada se acham de perfeita harmonia com o nosso direito positivo, expresso no sentido de que a sentença "terá fôrça de lei nos limites das questões decididas" (art. 287 do C.P.C.), sem fazer distinções entre as partes e terceiros. Nem poderia fazê-las o nosso legislador, de maneira absoluta e excludente, porisso que lhe não era desconhecida, ao tempo da formulação do nosso Código de Processo Civil, a tendência muito acentuada do direito dos povos cultos para estender os efeitos da coisa julgada aos terceiros, pelo menos no que respeita ao elemento que os juristas esclarecidos denominam de conteúdo real da sentença e que consiste, em síntese, na determinação de um fato insuscetível, por sua própria natureza, de variar na sua significação jurídica. Dessa espécie, são tôdas as decisões que solucionem demandas sôbre nulidade ou falsidade de atos jurídicos em geral, quando acolhem a arguição. O assunto, no direito italiano, a que o nosso se acha fortemente vinculado, é orientado e resolvido pelo conhecido magistério do insígne Mortara, ao salientar que, se a autoridade judiciária julga que um documento é falso, exerce uma função que interessa diretamente à ordem pública, sentencia sôbre documentos e não entre partes. E se é consentâneo, acrescenta, com os princípios de direito judiciário, que, não admitindo o fundamento de uma querela de falsidade, possa, todavia, outra ser proposta pela regra da **res inter alios**, não é, ao contrário, semelhantemente consentâneo com tais princípios que um documento, declarado falso em juízo, seja reputado verdadeiro em outro e, como tal considerado, porque a declaração de falsidade, sendo exatamente proferida sôbre documento, e não entre partes, não constitui mais um juízo **inter alios** (Apud Antão de Morais, Rev. Forense, v. 169, p. 93).

Entre nós, no caso particular dos autos, em que a sentença rescindenda também possui conteúdo real, já que, sendo constitutiva, anulou, em parte, um ato jurídico, dêle riscando uma declaração de maternidade e produzindo verdadeira e profunda alteração no estado de filiação do réu Jorge, não há como considerá-la simples decisão entre partes, com efeitos meramente **erga singulum**, a que os a.a. devam ser indiferentes. A realidade jurídica que se impõe ao raciocínio mais ortodoxo, é a de que essa sentença, ora transfeita em coisa julgada, vale **adversus omnes**, estendendo os seus efeitos a todos os que, partes ou não na ação negatória de maternidade, tiverem de enfrentar, como fato consumado, o pronunciamento judicial positivo, estabelecendo e assentando que o nomeado réu é filho natural de Ana G. Santos e não de Maria Madalena do Bonfim, posteriormente Maria Madalena Vasconcelos. Nem se poderá compreender que essa nova filiação seja valida para todos os fins de direito, inclusive o de atribuir àquele réu a indispensável legitimidade objetiva para receber a herança aberta da mãe que a sentença lhe deu e não para os que pretendem demonstrar a sua nulidade, com o propósito de exercerem o mesmo direito, embora sob condição diferente, a de sobrinhos do testador e fideicomissários dos seus bens. Pelo contrário, anulando, como o fêz, sem sombra de dúvida, a declaração de maternidade contida no registro de nascimento de fls. 24, a sentença rescindenda não decidiu apenas sôbre a inexistência de relação de filiação entre o aludido réu e Maria Madalena; também decidiu da subsistência de idêntica e posterior relação entre êle e Ana G. Santos, eis que, de uma só vez, anulou parcialmente o seu registro de nascimento e confirmou o ato do seu reconhecimento de fls. 21, que prevaleceu, no entendimento e na decisão do juízo de primeiro grau como prova convincente e conclusiva da falsidade da declaração de maternidade constante do mencionado registro. A sentença impugnada versou, portanto e du-

plamente, sôbre documentos públicos (art. 138 do Cód. Civil), sôbre atos jurídicos extrìnsecamente perfeitos e acabados e, em vista disso, o seu **conteúdo real** não afetou apenas interêsse das partes que figuraram na demanda em que foi proferida.

Daí, a razão por que, filiando-se à corrente de opinião liderada pelo insigne Mortara, o nosso mais autorizado processualista — o insuperável Pontes de Miranda — também sustenta que os interêsses de terceiros podem ser alcançados e prejudicados pelos efeitos reflexos da sentença passada em julgado, quando, entre outras hipóteses, decide sôbre inexistência da filiação. O interêsse jurídico não depende, aí, de que o terceiro seja ou não a pessoa imediatamente chamada à sucessão. A sua posição, na ordem da vocação hereditária, em nada influi para classificar de legítima a sua **facultas agendi**, porque não é só o "ser herdeiro" que é de interêsse jurídico. A ação de indignidade, por exemplo, pode ser proposta pelo parente de grau afastado, tanto assim, que por fôrça da eficácia reflexa, a sentença favorável na mesma, se quem a propôs foi interessado que tem, antes de si, outro ou outros chamados à sucessão (Cód. Civil, art. 1.596), aproveita a êsses. Se é verdade, continua — que antes da morte de alguém, não podem os que seriam chamados à sucessão ter interêsse jurídico na herança futura, menos certo não é que o têm, após a morte, todos os que herdariam, se não houvesse chamados em lugar próximo. Ninguém há de prever o que ainda pode acontecer, enquanto os que recebem a herança não estão cobertos pelo tempo da prescrição das ações. Além disso, a relação jurídica parental é, em si só, suscetível de ser declarada (Questões Forenses, v. II, p. 43).

Independentemente, porém, dessa expansibilidade do interêsse moral ou familiar, claramente reconhecida pelo art. 365 do Cód. Civil, cuja finalidade, dada a sua colocação no capítulo relativo ao reconhecimento dos filhos ilegítimos, comporta o mesmo entendimento irrestrito do art. 339 do Code Napoleon: "toute reconnaissance de la part du père ou de la mère..." não há dúvida de que é irrecusável o interêsse econômico dos a.a. na restauração nos têrmos do registro de nascimento do réu Jorge e, de conseguinte, na elisão do ato do seu reconhecimento por Ana G. Santos, com o objetivo de anular a declaração da maternidade contida naquele registro. E êsse interêsse, a que a sentença rescindenda prejudicou totalmente, é tanto mais evidente quanto se há de ter ainda em linha de conta que êles, sendo parentes em terceiro grau do testador, mesmo que não tivessem sido contemplados pela sua liberalidade, ainda, seriam seus sucessores colaterais, na ordem traçada pelo art. 1.603, IV, e nas condições previstas no artigo 1.612 do Cód. Civil.

Não há, portanto, em face do nosso **jus scriptum**, material ou formal, como negar-se aos a.a. legítimo interêsse na propositura desta ação, para obterem a decretação da nulidade da sentença rescindenda. Atribuindo ao réu Jorge a qualidade de descendente de Ana G. Santos, porque confirmou e reforçou o ato do seu reconhecimento por ela, a sua eficácia reflexa atingiu os a.a. em cheio, prejudicando inteiramente o seu direito de recolherem, na condição de fideicomissários, a herança do seu falecido tio. E diverso não é o entendimento do assunto pelo Supremo Tribunal Federal que, em acórdão unânime, assentado em sessão plenária de 6/4/53, decidiu que:

"Se o direito de terceiro é subordinado a condição que a **res judicata** declarou inexistente, tal declaração opera eficazmente, mesmo em relação a êsse terceiro" (Rev. Forense, v. 155, p. 159).

Foi, precisamente, essa condição de fideicomissários dos bens do espólio que a decisão anulando, com reconhecer ao réu Jorge a qualidade de filho ilegítimo, de descendente da fiduciária, declarou inexistente, relativamente aos a.a., operando eficazmente contra êle e dando, do mesmo passo, nascimento à sua incontestável legitimidade para pleitear a sua rescisão, e, com ela, por via sucessiva, a de todos os atos subsequentes e prejudiciais aos seus interêsses.

No que toca à ilegitimidade passiva do interveniente Henrique Lanat, representado por seus sucessores — viúva e filhos — trata-se, inegàvelmente, de outra alegação destituída de apoio legal. Como arrematante, presumidamente de má fé, do imóvel objeto da herança, porque o adquiriu a despeito dos dois protestos formulados pelos a.a. contra a sua alienação, inclusive em hasta pública (fls. 47/53), não pode se eximir da sua transparente condição de evicto, se a ação fôr julgada procedente. Da mesma forma, ser-lhe-á impossível negar que o seu interêsse econômico, porisso mesmo, se encontra em íntima e estrita afinidade com o dos réus. A decisão da causa, por êsse aspecto principal do direito de propriedade do mencionado imóvel, há de ser uniforme para todos os integrantes da relação processual passiva, mesmo porque ela visa a uma só e única finalidade, qual a de se considerar a sentença nula ou não, por um dos motivos arguidos e para os fins pedidos pelos a.a. Adquirindo ao descendente da fiduciária, em hasta pública, o único bem do espólio do testador, é provável e possível que haja o interveniente realizado uma compra a **non dominus** (art. 622 do Cód. Civil), assumindo os riscos de uma evicção por parte do verdadeiro senhorio e de que só vitória dos réus o poderá pôr a salvo.

Uma situação definida e bem compreensiva, equiparada à do litisconsorte (art. 93 do C.P.C.), mostrando que sua deliberação de combater, com as argumentações da sua defesa, as pretensões dos a.a. é criticável apenas pela omissão de chamar o Estado da Bahia à autoria, nos têrmos do citado Código (art. 95), uma vez que, tratando-se de alienação ordenada por autoridade pública, apesar da oposição dos interessados, aquela caberia responder pelos prejuízos decorrentes da reivindicação do bem praceado (art. 194 da Constituição Federal). Mas, isto é questão que, diante das regras dos arts. 1.116 do Cód. Civil e 96, § 2.º, do Cód. Proc. Civil, já se acha superada, salvo melhor juízo, e que, de qualquer jeito, só poderá ser apreciada e decidida em ação direta (art. 191 do C.P.C.).

O que importa, nesta oportunidade, é reconhecer a indeclinável legitimação à causa por parte do interveniente, bastando se recorde, para acentuá-la, que entre as situações que o preclaro Pontes de Miranda invoca para justificar a legitimidade da intervenção do terceiro no processo figura, precisamente, a de quem compra imóvel cuja propriedade venha a ser reivindicada pelo **verus dominus**, estranho ao respectivo contrato (Cód. Proc. Civil, v. 1.º, p. 356).

A seu turno, a preliminar de litispendência não merece exame mais detido, não só porque deixou de ser oposta no prazo legal e em forma regular (art. 182, II do C.P.C.), mas também porque a certidão de fls. 90, além de se referir a pessoa que não é parte neste feito,

ainda não faz menção, por mais ligeira que seja, à data em que teria sido proposta a ação de nulidade a que se reporta e que pudesse gerar a certeza de que ela, realmente, fôra ajuizada antes desta. Uma alegação visìvelmente sem nenhuma consistência e que não faz jus a maiores considerações.

Quanto às duas outras restantes, não podem ser apreciadas e decididas com essa feição típica, porisso que se acham incrustadas nos próprios fundamentos do pedido inicial, onde os a.a. sustentam tese oposta, qual a de que a incompetência **ratione materiae** do prolator da sentença rescindenda resultou de haver decidido, em processo contencioso, questão relativa ao estado e capacidade das pessoas, sustentando, ainda, que a falsa prova em que se louvou aquela decisão contamina de nulidade todos os atos dela emanados contràriamente ao que afirmam os réus.

Por outro lado, razões de técnica judicante recomendam a apreciação em conjunto de tôdas as demais questões debatidas neste **in folio**, uma vez que, antes de se declarar rescindida ou não a sentença em causa, ter-se-á de julgar a falsidade da prova em que se fundamentou para alterar o registro de nascimento do réu Jorge e o seu natural reflexo no ato de reconhecimento de fls. 21. Êsse, aliás, é o roteiro certo a se seguir no caso em aprêço, de acôrdo com a lição sempre autorizada e proveitosa de Pontes de Miranda, quando salienta que ao juiz ou tribunal compete fazer, exatamente: a) — apreciar as alegações e provas sôbre a falsidade; b) — apreciar as alegações e provas da anulabilidade do registro; c) — rescindir a sentença ou não (Questões Forenses 10 c. cit., p. 553).

Os autores, relativamente aos fundamentos da sua pretensão, firmam-se no art. 798, ns. I, letra a e c, e II, do Cód. Proc. Civil. Guardada a mesma ordem apresenta-se, no primeiro plano, a razão de ter sido a sentença rescindenda proferida por juiz incompetente **ratione materiae**. É inteiramente procedente, como salientou a douta Procuradoria Geral da Justiça, no parecer de fls. 220, se considerarmos que o debate em tôrno da natureza do processo em que foi prolatada a decisão anulando, isto é, se se trata ou não de feito contencioso, não passa de questão sem cabimento nem relevância para a boa compreensão e exata solução do caso em aprêço.

O argumento, em contrário, que se pretendesse assentar na regra do art. 288 do Código citado, mostraria apenas que ela, subordinada a título especial, concernente aos efeitos da sentença, não se ajusta bem à espécie dos autos. À ação rescisória, como faz sentir a nossa maior autoridade no assunto, não importa se a sentença já está ou não produzindo resultados práticos, se já foi executada ou não, mas tão sòmente que se ache concretizada em **res judicata** formal (Pontes de Miranda, Cód. cit. v. IV, p. 514).

Para tanto, isto é, para que se manifeste o império absoluto da coisa julgada, possibilitando o exercício da ação rescisória, é bastante que a sentença possua o já falado conteúdo real, o efeito constitutivo — positivo ou negativo — da relação jurídica. Êsse elemento predominante nas ações relativas ao **status familiae**, de que se acham impregnadas as decisões informativas da paternidade ou da maternidade, retira à demanda, como é intuitivo, a possibilidade da sua classificação entre as meramente voluntárias, mesmo porque, já o disse Alfredo Buzaid, a relação jurídica, resultante do ato da sua averbação no registro de nascimento se forma entre o juiz e o funcionário público, é de serviço público e não de exequente e executado (Rev. Forense, v. 165, p. 67).

Mandando desconstituir a relação de filiação estabelecida pelo registro, a sentença que nelas se profere tem eficácia absoluta, impõe-se **adversus omnes**, quanto ao caso decidido, e, em tais condições faz coisa julgada formal, pois o que importa, no particular, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado pela voz autorizada de Orosimbo Nonato, "não é a forma da ação, senão a relação jurídica, a relação controvertida e julgada" (Diário da Justiça, da União, de 15/6/49, p. 1485). Porisso mesmo, se a questão de direito material o estado de filiação — foi resolvida de modo definitivo, em sentença de que não caiba recurso, por juiz a quem a lei não dá atribuições para tanto, dúvida não existe de que estaremos, aí, diante de um caso típico de decisão rescindível, porque proferida por juiz incompetente em razão da matéria, vale dizer, sem competência para decidir sôbre o direito expresso cuja constituição lhe foi pedida. Trata-se de competência privativa e improrrogável (art. 148, § único do C.P.C.), de denunciação obrigatória, pelo interessado, até antes do despacho saneador sob pena de pagamento de custas em dôbro (art. 182, § 1.º), e que acarreta a nulidade da sentença, ainda depois de transitar em julgado. Essa particularidade da incompetência **ratione materiae** mostra que a lição de Plácido e Silva, invocada pelo interveniente, não tem adequação ao caso concreto, tanto mais quando também fala em incompetência **ratione personae**, dando a perceber o seu equívoco na conceituação de espécies diversas do mesmo gênero de incapacidade jurisdicional. O que é absolutamente incontestável, no assunto, é que, se a juízes da mesma categoria e alçada a lei dá atribuições diferentes, definidas e discriminadas pela natureza da causa ou da matéria que lhe constitui o objeto, a equiparação qualitativa em que também os tenha não prevalece para nivelar competências que o legislador quis distinguir. De um modo geral, aliás, sôbre êsse ponto não há divergências na doutrina ou na jurisprudência dos nossos tribunais. O tema é dos mais pacíficos, a começar das lições do clássico Pimenta Bueno (Apontamentos), sendo que, nos dias atuais, se destaca a opinião de Pontes de Miranda, ressaltando que se a autoridade estatal é juiz do cível, mas incompetente **ratione materiae** (não é o órgão especial), a competência é improrrogável a favor dêle. A relação processual existe, pôsto que nula, e a sentença proferida no processo cobrirá a nulidade, podendo, porém, a incompetência **ratione materiae** ser alegada em ação rescisória (Cód. cit. v. I, p. 518).

A ação chamada de contestação de maternidade, prevista no art. 356 do Cod. Civil, visou, sem nenhuma dúvida, a anulação parcial do registro de nascimento de fls. 14. É demanda tìpicamente destinada à modificação do estado de filiação e que, na hipótese em exame, produziu profunda e radical alteração na identidade da mãe do menor Jorge, que deixou de ser filho de Maria Madalena do Bonfim para sê-lo de Ana G. Santos. E a sentença nela prolatada pelo juiz da 3.ª Vara Cível é evidentemente nula, dada a sua incontestável incompetência para julgar as questões relativas ao estado e capacidade das pessoas, nos precisos e claros têrmos do art. 56, n. IV, alínea 4, letra a, da Lei de Organização Judiciária (n.º 175, de 2/7/49), que só dá atribuições, para tanto, aos juízes das varas de Família e Sucessões. O entendimento do assunto, nesse sen-

tido, é tradicional no nosso direito, razão por que Pimenta Bueno já salientava que a vontade das partes, de qualquer maneira que se manifeste contra a competência fixada por lei, é impotente para validar atos viciados por nulidades impostas pelo interêsse público (op. cit. p. 14).

Manifesta, a todos os títulos, a incompetência dos juízes cíveis para o julgamento da ação em que foi prolatada a sentença rescindenda, a única solução possível, na espécie dos autos, é a de reconhecimento da sua notória e irrecusável nulidade.

O segundo fundamento invocado pelos autores, com base no art. 178, § 9.º, n.º V, do Cód. Civil, não é aceitável, pois a alegação de prescrição de ação tanto no recurso extraordinário quanto na rescisória, só se admite quando foi feita e rejeitada no processo de cuja sentença se recorre ou se pede a rescisão. Essa é a opinião comum dos nossos tratadistas do assunto (Luis F. Carpenter, Câmara Leal, Carvalho Santos, etc.), que se impõe em vista da norma do art. 166 do mesmo Código desautorizando a decretação de prescrição não alegada pelo interessado. Deixando o juiz de reconhecê-la, precisamente por êsse motivo, é claro que não decidiu contra literal disposição de lei, mas, ao contrário, em perfeita harmonia com a regra de direito objetivo, que lhe impede de conhecer, de ofício, prescrição não invocada pelas partes.

Haja vista, no particular, que Câmara Leal, antes da vigência do Cód. Proc. Civil, baseado em que as leis processuais dos Estados falavam em **sentença proferida contra direito expresso**, era de parecer que, nas ações prejudiciais, deveria o juiz decretar a prescrição, mesmo quando não alegada, argumentando que o citado art. 166 só vedava essa faculdade nas causas referentes a direitos patrimoniais. Mudou, porém, de opinião com o advento daquele Código, reconhecendo que ela, agora, só poderia se firmar numa interpretação a **contrário sensu** do mesmo dispositivo, já que não há literal disposição de lei que obrigue o juiz a decretar, **ex-officio**, a prescrição das ações não patrimoniais (Da Prescrição e da Decadência, 2.ª ed. p. 89/90).

Mas, por outro lado, não há dúvida de que teria havido, como já aludimos de passagem, evidente vulneração das disposições dos arts. 88, 91 e 93 do Cód. Proc. Civil, assunto, aliás, sôbre que é dispensável insistir dada a maior relevância, no julgamento desta ação, do argumento relativo à falsa prova, a que se equipara a prova absolutamente nula em que se estribou a sentença rescindenda. Sôbre êsse ponto, a evidência dos autos é gritante, eis que a decisão de fls. 15 se fundamentou no documento de fls. 21 e no depoimento de fls. 36, isto é, na certidão do reconhecimento do réu Jorge, como filho natural de Ana G. Santos, e na palavra da própria autora da ação de contestação de maternidade. Vale dizer, em resumo, que ela se alicerçou em prova nula de pleno direito, porque se trata de ato jurídico levado a efeito antes de se ter modificado e cancelado, por sentença passada em julgado, não só o assunto do registro de nascimento do referido réu, realizado onze anos antes, mas também, e principalmente, o ato de adoção dêste (fls. 25), efetuado em 1/9/51, por escritura pública, na qual Ana G. Santos declarara, franca e abertamente, que aquêle menor era filho de Maria Madalena do Bonfim. A prevalência dêsses dois primeiros atos, harmônicos e concordes no tocante à filiação materna de Jorge, sôbre o do seu reconhecimento posterior, é de tal modo manifesta e intuitiva que dispensa quaisquer explicações e considerações tendentes a comprová-la. Mas, não faltariam, se necessários, argumentos convincentes para demonstrar a escancarada contradição entre os mencionados atos, gerando a certeza de que o último, de reconhecimento, encerra uma declaração de maternidade inteiramente nula e inoperante. Contra ela se levanta a voz inabafável da própria Ana, enunciada três meses antes, ou seja, a 1/9/51, quando adotou Jorge, tendo-o e **reconhecendo-o**, então, como filho de Maria Madalena do Bonfim. Nada vale, pois é completamente falsa a sua declaração em contrário, feita a 31 de dezembro do mesmo ano, em presença, aliás, de outro tabelião e de outras testemunhas, sôbre a filiação materna daquele menor, dando-o como gerado de relações sexuais improváveis com Pedro Advincola isto é, a mesma pessoa que, tanto no registro de fls. 24, realizado em 31/12/940, quanto na escritura de adoção de fls. 25, lavrada em 1.º/9/951, quase onze anos depois, afirmara e reafirmara que a mãe do seu filho Jorge era Maria Madalena do Bonfim. E nada vale porque, em primeiro lugar, no sistema do nosso direito positivo, como sabido, a escritura pública e seus efeitos não se anulam por outra escritura posterior, como dispunha o art. 725 do conhecido e notável "Esbôço", de Teixeira de Freitas, refletindo a tendência do direito precodificado, mas por ação direta de rito ordinário, maxime em se tratando de atos relativos à filiação legítima ou natural. É o que está expresso nas letras dos arts. 121 da Lei dos Registros Públicos e 291 e 599 do Cód. Proc. Civil, estabelecendo que as questões dessa espécie serão decididas em processo contencioso, no que, aliás, a nossa legislação se mostra em consonância com a de outros povos cultos, segundo o valioso testemunho de Ruggiero (Instituições de Dir. Civil, trad. de Ary dos Santos, v. I, p. 461). Óbvio se faz, portanto, o raciocínio de que o reconhecimento de Jorge, para prevalecer sôbre o seu registro de nascimento, na parte referente à declaração de maternidade, precisaria ter sido realizado depois de passada em julgado a sentença rescindenda. Sendo esta posterior àquele ato, não há dúvida de que não tinha, como não tem, autoridade bastante para convalidar um reconhecimento que lhe foi anterior, visto que isso importaria na ratificação judicial e arbitrária de ato jurídico nulo de pleno direito, porque levado a efeito contra as disposições citadas, revalidação essa que o nosso direito não permite, siquer, por vontade declarada e manifesta das partes. São muito claros, a esse propósito, os enunciados dos arts. 145, V, 146 e § único, do Cód. Civil, fulminando de nulidade insanável o ato a que a lei taxativamente nega efeito. É o que fazem, precisamente, os arts. 121 e 599 citados, estabelecendo que depende de ação especial ou própria, e não de simples escritura pública de reconhecimnto por **outra** mãe, o cancelamento, a reforma e até a simples retificação dos assentos relativos à filiação. Em tais condições, segue-se que a sentença rescindenda não poderia ter a virtude repristinatória que lhe foi atribuída pelos réus, pela simples razão de que não na tem a própria lei, na sua conceituação mais ampla e singela, de regra normativa e obrigatória (art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução ao Cód. Civil). Para que se recompusesse a situação jurídica de Jorge, necessário e indispensável se fazia que a sua suposta mãe, depois de transitada em julgado a decisão proferida na ação de contestação de maternidade, voltasse ao cartório do tabelião e

renovasse o reconhecimento daquele, revalidando-lhe os efeitos. Mas, ainda assim, participando da má sorte do "pau que nasce torto", êsse novo ato de reconhecimento se defrontaria com o de adoção de fls. 25, em que Ana G. Santos, livre e espontâneamente, havia declarado e reconhecido que Jorge era filho de Maria Madalena, declaração essa que jamais poderia ser elidida por ela, unilateralmente. A sua informação estaria na dependência da vontade, ou subordinada inteiramente à concordância do pai do adotado, nos têrmos do que dispõe o art. 374, I, do Cód Civil, quer para dissolver o vínculo da adoção, quer para retificá-la. Não tendo tomado nenhuma dessas providências, depois que a sentença rescindenda passou em julgado, torna-se indiscutível que a declaração de maternidade contida no ato de reconhecimento de fls. 21 revela-se duplamente falsa, eis que contra ela se levanta afirmação em contrário, constante de dois atos públicos anteriores, num dos quais tomou parte ativa a própria Ana G. Santos.

Diante dêsses atos públicos, cujos efeitos não foram anulados por processo regular, como querem e mandam os dispositivos legais invocados, a conclusão que se impõe é a de que, firmando-se especialmente na escritura de reconhecimento de fls. 21, com que Maria Madalena instruiu a inicial da ação negatória de maternidade, a sentença rescindenda inegàvelmente se baseou numa prova falsa e nula de pleno direito. E não há dúvida de que, quando a lei processual autoriza a rescisão das sentenças que assentam em prova falsa, apurada na própria ação, também inclui nessa classe, com maioria de razões, a prova nula de pleno direito, pràticamente equiparável à inexistente (Sá Pereira, Dir. de Família, p. 144), cujo acolhimento pela decisão é intuitivamente muito mais condenável. A proposição é tanto mais certa e insofismável, quanto é sabido que o nosso direito positivo admite de modo expresso e inconfundível que a **res judicata** seja atacada por simples embargos à execução, quando o processo ou a ação principal fôr nula de pleno direito, por falta de citação do réu (art. 1.010, I, do Cód. Proc. Civil).

Negando valor jurídico ao reconhecimento de fls. 21, os arts. 121 da Lei dos Registros Públicos (Dec. n.º 4.857, de 9/11/939 e 599 do citado Código), naturalmente o colocam na categoria dos atos inoperantes ou sem existência jurídica, gerando a certeza de que a sentença rescindenda, afinal de contas, se fundamentou no vazio, na inconsistência de um ato puramente material, sem a mínima eficácia **de jure** que pudesse anular ou modificar, quanto à declaração de maternidade de Jorge, o assento de nascimento de fls. 24 e o ato de adoção de fls. 25. A preponderância dêles sôbre a falsidade e o desvalimento da outra e posterior declaração de maternidade contida no reconhecimento de fls. 21, força a conclusão de que Ana G. Santos faleceu sem deixar **descendente**, de maneira que os a.a. são, porisso mesmo, os únicos sucessores legítimos do testador, em face da cláusula expressa do testamento de fls. 17, que os investiu na qualidade de fideicomissários dos bens de sua herança. Essa evidência, nítida e estampada nas provas dos autos, dispensa outras e maiores considerações sôbre as demais questões neles debatidas, inclusive a de escogitar se u'a mulher de sessenta e dois anos de idade ainda podia ou não conceber e procriar. Não adianta nem vale a pena perder-se tempo com êsse assunto, se está exuberantemente comprovado que o suposto fruto natural dessa concepção jamais existiu jurìdicamente, eis que a prova de maternidade resultante tão só da simples declaração de Ana, na escritura de reconhecimento de fls. 21, não poderá nunca subrepôr-se às constantes dos atos de fls. 24 e 25. Êstes eram, e sem contestação, continuam a ser, atos jurídicos perfeitos e acabados que, de acôrdo mesmo com os preceitos dos arts. 141, § 3.º, da Constituição Federal, e 6.º da Lei de Introdução ao Cód. Civil, nem a própria lei poderia desrespeitar, informando-os ou tirando-lhes os efeitos, a não ser pela forma prevista na mesma lei. E já que não se promoveu a sua regular anulação, antes de se efetuar o reconhecimento de Jorge, é indiscutível que êles continuam e permanecerão inalterados, como provas irrefutáveis de que êste é filho de Maria Madalena do Bonfim e não de Ana G. Santos, consequentemente, de que a sentença rescindenda se fundamentou em prova falsa, nula e imprestável. E é falsidade que, do ponto de vista da **questio facti**, ainda se estampa, em côres berrantes, na "contestação" que Pedro Advíncola, pai de Jorge, opôs ao pedido da sua amásia, então quase futura espôsa (fls. 39), na ação negatória de maternidade, através dêste expressivo lanço:

"Necessitando matriculá-lo no Colégio (refere-se a Jorge) e, pelas circunstâncias sociais do momento, não sendo prudente registrá-lo como filho de Ana Guimarães Santos, afim de evitar escândalo em tôrno do caso, fôra feito o devido registro, dando ao referido menor a maternidade de Maria Madalena do Bonfim, com a qual o peticionário já havia tido outros filhos" (fls. 41 verso).

O simples teor dêsse pequeno trecho contém, no mínimo, duas falsidades visíveis e notórias: 1.ª a de que o réu Pedro pretendia matricular no colégio uma criança de três anos de idade, eis que, nascida a 23/4/937, o seu registro foi feito a 31/12/940; e 2.ª — a de que, tendo o marido de Ana G. Santos falecido em 1917, e não possuindo ela parentes próximos ou amigos de destaque social, é bem singular o "escândalo" que poderia produzir o registro do nascimento de um filho seu, cêrca de vinte e três anos depois da morte do seu espôso. Em contraposição, porém, há ali uma demonstração de sinceridade patente, no inescondível temor que os réus tiveram de ganhar a demanda, mesmo deixando-a correr à sua revelia. Daí, o seu cuidado de constituirem advogado, o mesmo advogado, aliás (fls. 45 e 46), e exclusivamente para confirmar as alegações de Maria Madalena, na inicial da referida ação, cujo pedido secundaram no final das suas "defesas" de fls. 28 e 41. E essa conduta das partes, naquela ação, só comporta a interpretação de que elas se conluiaram para, com a farsa grosseira que nela representaram, beneficiar o filho de Pedro e Maria Madalena, também afilhado e filho adotivo de Ana, causando, ao mesmo passo, prejuízo aos legítimos legatários e herdeiros do marido desta.

Nula e imprestável, como ora se apresenta à luz das provas dos autos, porque fundamentada em ato nulo de pleno direito e em outros elementos de convicção visìvelmente simulados e falseados, fôrça é convir em que a indiscutível nulidade da sentença de fls. 15 também acarreta, por via de consequência, e em face da regra explícita do art. 158 do Cód. Civil, a anulação de todos os atos dela decorrentes. É que, na verdade, a questão sôbre se é possível ou não a cumulação, na mesma demanda, das pretensões rescindente e rescisória, já vem sendo considerada, pelo seu prisma positivo, como ponto pacífico do nosso direito, quer pela dou-

trina, quer pela jurisprudência dos nossos tribunais. Sob o primeiro aspeto — o teórico, — acha-se o assunto esclarecido pelo insigne Pontes de Miranda, ao acentuar que a cumulação faz competente, para o rescisório, o juiz ou tribunal do juízo rescindente, tachando de errôneo, no particular, julgado do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, de 4/11/942, que reputou inacumuláveis os dois juízos, por diversidade de competências, ao tempo em que também entende acertado acórdão, em contrário, das Câmaras Reunidas do Tribunal do então Distrito Federal, de 3/12/42 (Cód. Proc. Civil, v. IV, p. 513).

Reafirmou, posteriormente, êsse ponto de vista, salientando que se, com o pedido de rescisão, a parte interessada alega qualquer nulidade ou anulabilidade de atos que a prejudicara e pede também a sua rescisão, ambas as pretensões devem ser apreciadas e resolvidas, porque a cumulação delas se dá, aí, por encadeamento da matéria (Questões Forenses, II, p. 550). Convincente, sôbre o mesmo tema, também é a clara exposição de Alberto Pedroso, na qual, com amparo em opiniões de Chiovenda, E. Tullio Liebmann, Zótico Batista e no enunciado do art. 402 do Cód. Proc. Civil italiano, defende a tese de que, na sistemática do nosso direito processual, relativamente aos seus princípios básicos de celeridade e economia do processo, a cumulação dos **judicia rescindens e rescisorium** na mesma demanda é a única solução que a ela corresponde e se ajusta (Rev. Forense, 123, p. 569).

Acordam, pois, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade rejeitar as preliminares suscitadas pelos réus e julgar procedente a presente ação, nos têrmos da inicial, isto é, decretando a nulidade do ato de reconhecimento de filiação do réu Jorge Vasconcelos (fls. 21), declarando rescindida a sentença proferida na ação de contestação de maternidade (fls. 15) e restituindo as partes ao estado em que se achavam antes da realização daquele ato, pagas as custas e os honorários de advogados pelos vencidos, na conformidade do que fôr liquidado na execução.

Salvador, 8 de setembro de 1960.

Agenor Velloso Dantas — Presidente.
Mirabeau Cotias — Relator.
Virgilio Melo — Revisor. *
Dan Lobão.
Clovis Leone.
Manoel Ito Rocha. *
Antonio Oliveira Martins.
Renato Mesquita.
Geminiano Conceição.
W. Oliveira e Souza.
Fui presente: **J. J. Sena Malhado.**

---

* Juizes convocados.

DESAPROPRIAÇÃO. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA PELO EXECUTIVO. IMISSÃO PRÉVIA. BASE DO DEPÓSITO

A declaração de utilidade pública, limitando-se a definir uma situação jurídica individual e concreta, não condiz com o conceito de lei no sentido material; como ato administrativo, a declaração pelo executivo, com fundamento na lei geral sôbre desapropriações, jamais importará em ofensa a qualquer preceito constitucional, desde que a indenização seja concedida com a indispensável justiça. Em se tratando de terrenos urbanos, o depósito para a imissão provisória na posse não pode basear-se no valor cadastral do imóvel para fins de lançamento do impôsto territorial rural, que não abrange tais terrenos.

Mand. Seg. n. 326 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança de JAGUAQUARA n. 326, em que são impetrante o espólio de GUILHERME MARTINS DO EIRADO SILVA e impetrante o Dr. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA.

1 — O prefeito do município de JAGUAQUARA, por decreto de 5 de julho do corrente ano, considerou de utilidade pública, para fins de desapropriação, em caráter de urgência, os terrenos pertencentes ao impetrante, localizados na área urbana da cidade e devidamente delimitados (fls. 14 v./15).

Dois dias depois, com fundamento no § 1º, inciso c, do art. 15 do Dec. Lei Federal 3.365, de 21 de julho de 1941, aditado pela Lei 2.786, de 21 de maio de 1956, requereu a imissão provisória na posse dos terrenos, mediante o depósito judicial de cem mil cruzeiros ..... ($100.000,00), por quanto a antiga fazenda "TOCA DA ONÇA", de que são parte integrante os ditos terrenos, está lançada na coletoria estadual para fins de pagamento do impôsto territorial rural (fls. 14 e verso).

Imitida liminarmente na posse, pediu a Prefeitura a citação do espólio para contestar a ação, no "prazo estipulado no art. 373 do Código de Processo Civil" (16).

O espólio contestou a ação (fl. 17) e impetrou contra o despacho que deferiu a imissão provisória o presente mandado de segurança, alegando, como fundamentos principais:

a) — nulidade do decreto de declaração de utilidade pública, porisso que expedido pelo prefeito, quando, para a hipótese, se tornava necessária lei da Câmara dos Vereadores, vício êsse que contamina **ab initio** o procedimento judicial;

b) — ilegalidade do depósito baseado no valor cadastral do imóvel para fins de lançamento do impôsto territorial rural, uma vez que os terrenos objeto da desapropriação são urbanos.

O Juiz prestou as informações de estilo (fls. 39) e a Procuradoria Geral da Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 45).

Assim resumidos os fatos e os fundamentos legais do pedido, passam a decidir a espécie.

2 — Sendo a decisão que fixa a quantia a depositar e defere o pedido de imissão provisória inatacável por meio dos recursos ordinários (cfr. SEABRA FAGUNDES, "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 2ª edição, 1949, pág. 223, § 234-A) cabível é o mandado de segurança (art. 5º, II, da Lei 1.533, de 31/XII/51).

3 — Desenvolvendo o primeiro fundamento do mandado, sustenta o impetrante que, se na vigência da Carta Política de 1937, podiam os prefeitos, com apôio no art. 6.º do citado Dec. Lei 3.365 e no exercício cumulativo das funções legislativa e executiva, baixar decretos de declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, já não poderão fazê-lo após

a Constituição Federal de 1946 e a Constituição Estadual de 1947, pôsto que, pela Lei Orgânica dos Municípios, compete às Câmaras de Vereadores legislar sôbre a matéria, cumprindo aos prefeitos apenas efetivar a desapropriação dos bens assim prèviamente declarados, por lei, de utilidade pública (arts. 28, VII, 52 e 81, VII, da Lei Est. 140, de 22/XII/48).

Improcede a arguição.

A citada Lei 140, seguindo a tradição do Dec. Lei n. 3.365, atribuiu, expressamente, aos prefeitos competência "para decretar desapropriações por necessidade ou utilidade pública" (art. 81, VII), conferindo, concorrentemente, idêntica atribuição às Câmaras de Vereadores (arts. 28, VII, e 52).

A declaração de utilidade pública, importando numa verificação de fato, como meio indispensável à realização de dada obra, é uma atribuição mais compatível com a função governamental ou administrativa do que com a legislativa. É mero ato de execução da lei geral sôbre desapropriação (3.365), a ser praticada com assistência técnica, de que estão aparelhados os órgãos executivos, a cuja iniciativa, fundada em considerações de conveniência administrativa, deverá caber.

Todos os autores que, entre nós, escreveram sôbre a matéria aplaudem o art. 6.º do Dec. Lei 3.365, assinalando como função própria do Executivo a declaração, em cada caso, de utilidade pública (SEABRA FAGUNDES, op. cit., págs. 85 e 133, §§ 59 e 143; EURICO SODRÉ, "A Desapropriação", 3ª ed., págs. 47 e 52, §§ 95 e 105; ILDEFONSO MASCARENHAS, "Desapropriação", pág. 126).

A declaração de utilidade pública pelo Legislativo, além do inconveniente da demora, importa num desvirtuamento da sua função, pois o ato em espécie nunca se reveste da generalidade e da permanência, que são características das leis no sentido material.

GIAQUINTO, contestando a opinião de PISANELLI, que considerava a desapropriação ato essencialmente legislativo, assim se expressa: "Senonchè non pare che ciò sia scientificamente esatto, perchè la dichiarazione di pubblica utilità manca de tutti gli estremi essenziali a configurare una norma legislativa. L'atto dichiarativo, infatti, non ha carattere di generalità nè efficacia modificativa del diritto costituito. Nè è punto esatto che essa abbia l'effetto di derogare alle norme giuridichi protettive della proprietà privata: la deroga è nella norma disciplinatrice dell'espropriazione per causa di pubblica utilità, non nella dichiarazione di pubblica utilità, che è soltanto l'applicazione del precetto generale al caso singolo" ("Nuovo Digesto Italiano", vol. , pág. 659, § 32, ano 1938).

ZANOBINI, depois de manifestar-se favorável à competência dos órgãos do Poder Executivo para a decretação de utilidade pública, esclarece: "Un tempo fu discusso se tale competenza non dovesse essere attribuita, invece, agli organi legislativi: questa tesi si fondava sul carattere eccezionale che avrebbe l'espropriazione dispetto al principio della inviolabilità del diritto del proprietario. Il ragionamento era, porò, errato: una volta ammesso con norma generale che la proprietà, sebbene inviolabile, può essere sacrificata quando l'interesse pubblico lo esiga, l'accertare la sussistenza o meno di questa esigenza nei casi singoli è funzione propria e normale dell'autorità amministrativa" ("Corso di Diritto Amministrativo", 2ª edizione, Milano 1945, vol. IV, pág. 211, § 2).

Também CINO VITTA sustenta que não há razão para a interferência do Legislativo: "L'intervento del legislatore soleva giustificarsi col principio che la proprietà essendo garantita dalla legge, soltanto una legge può toglerla: ma ciò era frutto di un equivoco, essendo bensì nei regimi constituzionali necessaria una legge a giustificarse l'espropriazione, ma non una legge speciale per ogni singolo caso di espropriazione, e bastando quindi la potestà attribuita da una legge generale all'a. p. di procedere all' espropriazione per casi che impratica si fossero presentati. Ogni singolo atto di espropriazione, come già insegnò il ROMAGNOSI, è invece un atto sostanzialmente amministrativo, perchè tende a provvedere ad una pubblica utilità in un caso concreto, e sembra quindi normale de attribuirse l'emissione alla stessa a.p." ("Diritto Administrativo", 1950, vol. II, pág. 114).

No mesmo sentido manifestam-se: LENTINI, "Le Espropriazioni per Causa de Pubblica Utilita", pág. 81, § 4; SABBATINI, "Espropriazioni per Pubblica Utilità", vol. I, pág. 249, 3ª edição; OTTO MAYER, "Le Droit Administratif Allemand", trad. francesa, ano 1905. Tomo III, págs. 8 e 9).

Ainda quando a Lei Orgânica dos Municípios não tivesse conferido ao prefeito a competência para a decretação de utilidade pública, podia o ato ser por êle expedido com fundamento no art. 6º do Dec. Lei Federal 3.365, de 1941, que dispõe: "A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito".

Nem se alegue que êsse preceito surgiu em época anormal, quando inexistente o Legislativo, e que se tornou incompatível com a Constituição Federal de 1946.

A razão do dispositivo, como se deduz claramente da Exposição de Motivos do Ministro FRANCISCO DE CAMPOS, não foi a cumulação da função legislativa pelo Chefe do Executivo, senão a natureza acentuadamente administrativa da declaração de utilidade pública.

Nem há qualquer incompatibilidade entre o art. 2º e a nova ordem constitucional.

Com efeito, a Constituição ao aludir no seu art. 141, § 16, à desapropriação, apenas exige que esta se faça "mediante prévia e justa indenização". Não contém uma só palavra sôbre o pronunciamento do Legislativo, nem sôbre a competência para executar o ato.

Ademais, na forma do art. 5º, inciso XV, letra g, da Constituição Federal compete à União legislar, privativamente, sôbre desapropriações, compreendendo o direito material e o formal. Sendo a declaração de utilidade pública pressuposto formal da desapropriação (cfr. PONTES DE MIRANDA, Com. à Const. de 46, 2ª ed., pág. 248, § X), é evidente que ao legislador federal competente indicar a autoridade que deve praticar o ato. No poder de legislar sôbre desapropriações está compreendido o de mencionar o órgão que tem legitimidade pora declarar a utilidade pública.

Nem se diga que a distribuição de competência funcional dos Governadores e Prefeitos é matéria de organização administrativa que cabe aos Estados e aos Municípios, por fôrça de sua autonomia.

ANTÃO DE MORAES, em brilhante parecer enfrentou a argüição, concluindo: "É perfeitamente admissível que a União, atendendo à importância de certas matérias, se tenha reservado, implìcitamente, o direito de designar a autoridade competente para a prática de

atos relativos a tais matérias" (Rev. Trib. São Paulo, vol. CCXIII/53, § 16).

Depois de analisar detidamente o § 1º do art. 18 da Constituição Federal, MIGUEL REALE sustenta que o nosso sistema Constitucional consagra a preponderância natural da União, devendo-se reconhecer a esta "a faculdade de legislar sôbre os pressupostos da desapropriação, estabelecendo quais os órgãos competentes para declarar a utilidade pública". E, arremata o festejado jurista: "é irrecusável a vigência do Dec. Lei 3.365, cujo art. 6º confere ao Presidente, Governador ou Prefeito, aquela função de natureza administrativa: essa regra é imperativa, não podendo contra ela prevalecer qualquer dispositivo emanado pelos legisladores locais, muito embora constem no texto das Constituições dos Estados" (REV. TRIB. S. PAULO, vol. 213, pág. 66).

PONTES DE MIRANDA (op. e vol. cit. págs. 216 n. 7 e 248 n. X), LAUDO DE CAMARGO e CASTRO NUNES (Rev. Trib. S. Paulo, vol. 213, págs. 35 e 40), dentre outros, mostram que a declaração de utilidade pública, feita por decreto do prefeito, encontra apoio em texto de lei federal e não contraria qualquer preceito constitucional.

No mesmo sentido orienta-se a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal (REV. FORENSE, vol. 116, pág. 68; REV. DIR. ADM., vol. 47, pág. 191; REV. TRIB. S. PAULO, vols. 235, p. 517, 234, pág. 197, e 242, pág. 522).

Declarando de utilidade pública os terrenos urbanos pertencentes ao impetrante, agiu o Prefeito de JAGUAQUARA nos limites de sua competência legal.

Sob êsse aspecto, improcede o mandado.

4 — A alegação do impetrante, no sentido de que inexiste verba orçamentária para a desapropriação, não encontra ressonância nos autos, uma vez que o próprio decreto impugnado estabelece, em seu art. 3º, que o crédito respectivo "ocorrerá pelas verbas 8.894 e 8.994" (fl. 15).

Se essas verbas não se destinam ao fim indicado, a irregularidade da aplicação será objeto de apreciação pela Câmara dos Vereadores (art. 53, VII, da Lei Est. 140), sendo o impetrante parte ilegítima para a argüição.

5 — Ilegal foi, entretanto, o deferimento da imissão provisória mediante o depósito de quantia correspondente ao valor do lançamento da propriedade "TOCA DA ONÇA" para fins de pagamento do impôsto territorial **rural**.

Se é certo que o Dec. Lei 3.365 permite, em seu artigo 15, aditado pela Lei 2.786, de 21/VII/56, que, em caso de urgência, possa o expropriante ser imitido provisòriamente na posse dos bens, independentemente da citação do réu, não é menos certo que condiciona essa medida excepcional ao depósito de certa quantia, cujos critérios de fixação estabelece no seu § 1º.

A imissão poderá dar-se mediante depósito "do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do impôsto predial, URBANO ou RURAL, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior" (§ 1º, letra **c**, do art. 15).

Quer dizer: para os imóveis **rurais**, o depósito será igual ao valor do lançamento para o impôsto territorial **rural**; para os **urbanos**, o do lançamento para o impôsto territorial **urbano**.

Na hipótese, os terrenos objeto da desapropriação são **urbanos**, conforme está provado nos autos de modo incontrovertível. Assim é que consta do preâmbulo do decreto de utilidade pública: "considerando que os terrenos pertencentes aos herdeiros de G.M.E.S., **localizados na área urbana desta cidade**; considerando que os referidos terrenos estão **localizados na área abrangida pela planta cadastral da cidade**, devidamente aprovada pela Câmara Municipal dêste município" (fl. 15, linhas 4 a 8). E no seu texto: "Fica considerado de utilidade pública, para fins de desapropriação, nos têrmos da legislação federal em vigor, o condomínio denominado "Fazenda Toca da Onça" **sito nesta cidade, na área abrangida pela Planta Cadastral da cidade**, etc." (fl. 15, linhas 16 a 19).

Logo, o valor cadastral da fazenda "Toca da Onça", existente da Coletoria Estadual, para fins de lançamento do impôsto territorial **rural**, não podia servir de base para o depósito.

Alega a Prefeitura que os terrenos desapropriados, embora localizados no perímetro urbano, são integrantes da propriedade rural "Toca da Onça", cuja sede é fora da cidade, e que, levando em consideração a unidade do bem, o lançamento para o impôsto territorial rural não pode deixar de compreender aquêles terrenos, tanto mais quanto não estão êles lançados na Prefeitura para a cobrança do impôsto territorial urbano.

Improcede o argumento. A competência para decretar impôsto sôbre "a propriedade territorial" (art. 19, I), conferida aos Estados pela Constituição Federal, não abrange a propriedade urbana, cuja tributação compete aos Municípios (art. 29, I).

Ora, o Dec. Lei 504, de 6 de junho de 1945, que regula, na Bahia, o impôsto territorial rural depois de estabelecer, em seu art. 2º, que a êle estão sujeitos "os imóveis situados fora da zona urbana e traçada pelas municipalidades", dispõe no § 1º dêsse mesmo artigo: "Quando a linha de contôrno da zona a que se refere êste artigo dividir o imóvel em duas áreas distintas, uma urbana e outra rural, apenas quanto a esta última será devido o impôsto".

Logo, no valor do lançamento para o impôsto territorial rural, devido ao Estado, não estão incluídos os terrenos localizados no perímetro urbano, pôsto que sôbre êstes não recai a tributação estadual.

Se a Prefeitura deixou de lançar êsses terrenos para a cobrança dos tributos municipais que recaem sôbre a propriedade, a posse direta ou o domínio útil de imóveis situados na área urbana, por essa omissão não pode responder o impetrante.

Não havendo, pois, nas repartições municipais, valor cadastral dos bens desapropriados, ilegal foi o depósito baseado no lançamento para o impôsto territorial rural.

Em conclusão: inexistindo base para o depósito tarifado a que alude o § 1º do artigo 15 do Dec. Lei 3.365, a imissão provisória há de fazer-se pelo processo estabelecido no **caput** do artigo, isto é, o valor do depósito será fixado pelo juiz por livre convencimento, na conformidade do art. 685 do Código de Processo Civil.

6 — Diante do exposto, ACORDAM os Juízes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria de votos, deferir, em parte, o mandado de segurança para cassar o despacho que determinou a imissão provisória na posse dos bens expropriados, sem prejuizo do respectivo requerimento, que deverá ser processado pela forma estabelecida no **caput** do art. 15 do Dec. Lei

3365, contra os votos dos Desembargadores ADERBAL GONÇALVES e GEMINIANO CONCEIÇÃO, que o deferiam **in totum**.

Salvador, Bahia, 17 de novembro de 1960.

Santos Cruz — Presidente e Relator.
Alibert Baptista.
Clovis Leone.
Clovis de Athayde Pereira.
Aderbal Gonçalves — Vencido, deferia "in totum" pelas razões expendidas na assentada do julgamento.
Renato Mesquita.
Geminiano Conceição — Vencido, votei pelo deferimento **in totum**.
W. Oliveira e Souza.
Pondé Sobrinho.
A. Mirabeau Cotias.
Fui presente. — **Alberto da Cunha Velloso.**

DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PRÉVIA. ALEGAÇÃO DE URGÊNCIA

Se no decreto expropriatório não constar a alegação de urgência, não pode ser atendido o pedido de imissão liminar na posse.

Mand. Seg. n. 348 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança da Capital, n. 348, impetrante Bartolomeu Soares de Carvalho, impetrado o Juiz de Direito da Comarca de Ipirá.

A hipótese dos autos é, em síntese, a seguinte: o Prefeito de Ipirá, por decreto de 15 de julho do ano passado, declarou de utilidade o prédio n. 43, situado à Avenida Cesar Cabral, de propriedade do impetrante (fl. 18).

Por petição datada de 12 de novembro do mesmo ano, despachada pelo Juiz a 14 (fls. 12), a Prefeitura intentou a competente ação de desapropriação, em cuja inicial pediu a imissão provisória na posse do imóvel expropriado, independentemente de citação do impetrante (fls. 11 v).

E contra o despacho proferido a 13 de dezembro, deferindo a imissão provisória (fls. 9 e 12v.), que o expropriado impetra o presente mandado de segurança.

A petição inicial veio instruída com a certidão do despacho impugnado (fls. 9), com a contra-fé do mandado de citação inicial da ação de desapropriação (fls. 11), com a cópia da contestação (fls. 13) e com o texto do decreto de utilidade pública (fls. 18).

O Juiz prestou as informações de estilo (fls. 24/25) e o Procurador Geral da Justiça emitiu o parecer de fls. 28/32, opinando pelo conhecimento e indeferimento do mandado.

Preliminarmente, conhecem da segurança, uma vez que do despacho que fixa a quantia a depositar e defere o pedido de imissão prévia não cabe recurso ordinário (cfr. Seabra Fagundes, "Da Desapropriação no Direito Brasileiro", 2ª edição, 1949, pág. 223, § 234/A), sendo, assim, cabível o writ, na conformidade do inciso II do art. 5º da Lei 1.533, de 31/XII/951.

Três são os fundamentos do mandado: a) — falta de citação anterior à imissão; b) — ter sido ultrapassado o prazo de 120 dias, previsto no § 2º do art. 15 do Dec. Lei 3.365, de 21/VI/941, com a alteração que lhe introduziu a Lei n. 2.786, de 21/V/956; c) — inexistência de alegação de urgência no decreto declaratório de utilidade pública.

Não há qualquer ilegalidade no fato de ter o Juiz determinado a imissão independentemente de citação do impetrante, uma vez que o § 1.º do art. 15 do Decreto 3.365, de 21 de junho de 1941, com a redação e modificação impostas pela Lei 2.786, citada, o permite expressamente.

Também não foi ultrapassado o prazo de 120 dias para o requerimento da imissão provisória.

Admitindo-se que o prazo deva correr a partir do decreto de declaração de utilidade pública e que, na hipótese, êste entrou em vigor no dia 15 de julho, sòmente a 12 de novembro estariam decorridos os 120 dias. Acontece que tendo o dia 12 de novembro do ano passado recaído num sábado, cujo expediente forense encerra-se ao meio dia (§ 1º do art. 285 da Lei Est. 175, de 2 de julho de 1940), ficou aquêle prazo prorrogado para a segunda-feira, 14, data em que o Juiz recebeu a inicial (art. 3º da Lei Fed. n. 1.408, de 9/VIII/951).

O requerimento da imissão foi, assim, tempestivo.

Ilegal é, porém, a decisão impugnada por falta de alegação de urgência no decreto de utilidade pública.

Com efeito, dispõe o § 2º do art. 15 do citado Dec. Lei 3.365, aditado pela Lei 2.786: "A alegação de urgência, que não poderá ser renovada, obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de cento e vinte dias", sob pena de não ser concedida a medida (§ 3º).

Ora, se a lei alude a um prazo improrrogável evidentemente que estabelece um têrmo inicial para a sua contagem, que outro não pode ser senão o da data em que entra em vigor o decreto de declaração de utilidade pública.

Consequentemente, a alegação de urgência deve constar da lei ou decreto expropriatório, sem o que a imissão não poderá ser requerida.

Assim vêm entendendo a jurisprudência e a doutrina.

Decidiu, por exemplo, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que "se no decreto expropriatório não constar que a desapropriação é de natureza urgente, não deve ser atendido o pedido de imissão liminar na posse. A alegação de urgência deve constar, desde logo, do ato expropriatório, pena de não mais admitir a alegação no curso da lide" ("Rev. Trib. S. Paulo", vol. 199, pág. 410). Essa decisão manteve sentença da lavra do Juiz Vercingetórix de Castro Garms, em que êste, ao justificar a tese da emenda, parte do próprio exame do art. 15, citando, em apoio do seu ponto de vista, entre outras, as opiniões de Oliveira e Cruz e Celso Spínola.

Hely Lopes Teixeira sustenta o mesmo ponto de vista: "A alegação de urgência deve constar da lei ou decreto expropriatório, não deverá ser renovada e obrigará o expropriante a requerer a imissão provisória dentro do prazo improrrogável de cento e vinte dias. Excedido êsse prazo, não será concedida a imissão provisória. Tais são os preceitos imperativos acrescentados ao art. 15 do Dec. Lei 3.365, pela Lei Federal 2.786, de 21/V/956" ("Direito Municipal Brasileiro", vol. 1.º, pág. 352/353, ano 1957).

Na hipótese, não consta do decreto expropriatório qualquer referência à urgência, não podendo, por isso, ter sido deferido o pedido de imissão provisória.

Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em Câmaras Cíveis Reunidas, por maioria de votos, deferir o mandado de segurança para cassar o despacho que determinou a imissão provisória da Prefeitura de Ipirá na posse do imóvel objeto da desapropriação, fazendo-se ao Juiz a comunicação ordenada no art. 11 da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1961.

Salvador, Bahia, 31 de agôsto de 1961.

Santos Cruz — Presidente em exercício e Relator.
Virgílio Melo. *
Simas Saraiva.
Claudionor Ramos. *
Renato Mesquita.
Geminiano Conceição.
Wilton de Oliveira e Sousa.
Adhemar Raymundo. *
J. M. Viana de Castro *
Arnaldo de A. Alcântara. *
Evandro Andrade. *
Adolfo Leitão Guerra — Vencido. Adotei sem restrições, o "Parecer" do Exmo. Dr. Procurador Geral da Justiça.
Fui presente: **José Martins Catharino.**

---

* Juízes convocados.

MANUTENÇÃO LIMINAR DE POSSE MANDADO DE SEGURANÇA

Aquele que se diz possuidor de determinada área de terreno e que nela consegue ser liminarmente manutenido contra alegados atos turbativos de indicadas pessoas, não poderá impedir que terceiros, estranhos à essa manutenção e que por sua vez se considerem ameaçados em sua posse vizinha, ou na sua condição de compossuidores por atos seus decorrentes desta manutenção, procurem defender a sua posse, se tem justo receio de ser nela molestado pelo manutenido, recorrendo à ação de interdito proibitório. E mesmo que duvidosa seja a situação dêsse terceiro que se dizendo compossuidor obteve mandado liminar de interdito proibitório contra o mesmo manutenido, não será por meio de mandado de segurança que se há de resolver as complexas questões correlacionadas com essas ações possessórias cuja solução final depende quase sempre de exames in loco e de outros meios de prova o que sòmente se consegue no curso regular das demandas e nunca através mandado de segurança que pressupõe direito líquido e certo que se evidencia à primeira apreciação, sem necessidade de mais detido exame.

Mand. Seg. n. 337 — Relator: DES. **AGENOR VELOSO DANTAS.**

A C Ó R D A O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança de Bom Jesus da Lapa, n.º 337, sendo impetrante Renério Pereira de Magalhães e sua mulher e impetrado o Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Consta dos autos, que Renério Pereira de Magalhães e sua mulher, dizendo-se legítimos senhores e possuidores das terras onde se situa a Lagoa do Pajeú, da Fazenda Bôa Vista, obtiveram do Dr. Juiz de Direito da Comarca mandado liminar de manutenção de posse, contra atos turbativos que estariam praticando Júlio Felix da Rocha, Octacílio Cardoso de Souza e Homero Pereira de Sousa e suas respectivas mulheres, as quais invadiam constantemente dita Lagoa para nela praticarem pescarias, contra a sua vontade.

Assim, manutenidos os autores no dito terreno onde se acha localizada a Lagoa do Pajeú, surgem Enedino de Oliveira e sua mulher D. Maria Pereira de Oliveira que se dizendo condôminos ou melhor, compossuidores dos mesmos terrenos banhados pela mesma Lagoa, estavam ameaçados pelos indicados Renério Pereira Magalhães e sua mulher, de turbação nos seus direitos, vez que a alegação de se acharem manutenidos em tôda a área, cuida de impedí-los de realizar pescarias na multicitada Lagoa, que era comum a todos os compossuidores como êles, cujas terras por ela eram banhadas.

Alegam entretanto em contrário os autores da manutenção ora impetrantes desta segurança, que tudo isto não passa de uma manobra do réu Homero Pereira de Sousa, que juntando como único título de propriedade, a certidão de transcrição de escritura particular de imóvel sem conter descrição de limites todavia ao fazer o arrolamento de sua falecida espôsa D. Antonia Maria de Sousa, alí descreveu seus pretendidos terrenos, com limites arbitrários inclusive dando-os como banhados pela Lagoa em referência. E como Enedino de Oliveira é seu genro, por ser casado com sua filha D. Maria Pereira de Oliveira, que tiveram parte de sua herança nesses terrenos, muniram-se de certidão da sua legítima onde constavam êsses limites arbitrários com a dita Lagoa, habilitando-os assim a intentarem essa nova ação de interdito proibitório invocando sua qualidade de compossuidor, levando assim o Dr. Juiz impetrado a conceder-lhe mandado liminar de interdito proibitório, que se choca com aquel'outro mandado de manutenção, por êle mesmo, anteriormente concedido aos impetrantes. O Dr. Juiz entretanto, em suas informações procura justificar o seu procedimento, alegando que Enedino de Oliveira e sua mulher não figuraram naquela ação de manutenção de posse, ao passo que são compossuidores da Fazenda Bôa Vista. E que sendo a manutenção provisória concedida aos impetrantes dependente de confirmação ou não na decisão definitiva da ação, podendo portanto ser cassada, não produz direito líquido e certo capaz de alicerçar a medida impetrada. Trata-se de duas ações distintas, a de manutenção e a de interdito proibitório e conforme informa o Dr. Juiz já se verificaram duas vistorias com a sua presença em ambas, no curso da instrução, adiantando haver constatado que os impetrantes demandam contra posseiros, com benfeitorias em margem oposta a que êles impetrantes têm várias posses enquanto são demandados no interdito proibitório aforado, por compossuidores com posse paralela à sua. Ora, daí fica perfeitamente evidenciada, a complexidade das questões agitadas no curso dessas duas ações possessórias, questões essas que não comportam solução através de mandado de segurança. E não se diga que a situação de Enedino e sua

mulher, como possuidores há de se circunscrever ou de obedecer estritamente ao título que lhe forneceram decorrentes do arrolamento da falecida D. Antonia Maria de Souza, mulher de Homero, que no dito arrolamento teria propositadamente alterado os limites de seus terrenos como alegam os impetrantes, porque sendo a posse uma situação de fato, mas que gera direitos pois que é tida como a exterioridade do direito de propriedade, no dizer dos mestres, nem sempre existe concomitantemente com a propriedade, podendo até lhe ser oposta, até que o possuidor seja convencido pelos meios ordinários, pois nem todo proprietário é possuidor como nem todo possuidor é proprietário.

Evidentemente, a situação que decorre da disputa entre os interessados, no caso em apreciação é daquelas que exigem complicadas investigações probatórias e discussão de complexas questões de direito, o que se não compadece, com a natureza especialíssima do mandado de segurança, que sòmente ampara direito líquido e certo, situação de que não dispõe o réu inpetrante. A solução dêsses casos deverá vir com a decisão final das duas ações já em curso, perante o Juízo de Direito da Comarca, nunca por meio de mandado de segurança. Por tais motivos e mais que dos autos consta:

Acordam os Desembargadores das Câmaras Cíveis Reunidos, do Tribunal de Justiça, indeferir a segurança e, contra os votos dos Desembargadores Adhemar Raymundo e Leitão Guerra, que deferiam, sendo que o Des. Arnaldo Alcântara não conhecera da medida impetrada.

Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, 18 de maio de 1961.

Agenor Velloso Dantas — Presidente e Relator
Arivaldo A. de Oliveira
Simas Saraiva
Geminiano Conceição
W. de Oliveira e Sousa

VOTO VENCIDO — Des. **Adhemar Raymundo.**

Votei pela concessão da segurança. Pressuposto desta é a existência de direito líquido e certo do impetrante, violado por ato manifestamente ilegal da autoridade.

Os impetrantes obtiveram no Fôro de Bom Jesus da Lapa, através de ato judicial, **manutenção liminar** para **impedir que Homero Pereira de Souza e outros pescassem na Lagoa Pajeú.** Posteriormente, Enedino de Oliveira e sua mulher, **genro e filha de Homero** propuseram contra êste, em relação à mesma Lagoa Pajeú, interdito proibitório, obtendo, de logo, a concessão do mandado, por fôrça do qual Homero, na pessoa de sua filha, e de seu genro, passa a fruir da coisa, vale dito, a exercer atos de posse na Lagoa Pajeú.

Evidentemente, o ato judicial do juiz, concessivo do interdito proibitório, **sem qualquer fundamentação,** violentou o direito líquido e certo dos impetrantes, **qual o de continuarem manutenidos na posse do bem** até solução definitiva da respectiva ação. Êste direito exsurgiu de um ato judicial, devidamente justificado tendo, na inicial, o Sr. Juiz expedido as razões de fato e de direito que o levaram a conceder da medida liminar.

O mandado proibitório, expedido posteriormente é burla, uma simulação jurídica.

VOTO VENCIDO — Des. **Mirabeau Cotias.**

Não conheci do pedido. Entendi **data-venia** da douta maioria, faltar objeto para uso do remédio da Segurança. Não há prova de que a área em questão fôsse única, e, nem prova há que, a área da segunda imissão fôsse exatamente igual à da 1.ª imissão da qual cuida êste processo.

Mirabeau Cotias
Evandro Andrade
Adolfo Leitão Guerra — vencido nos têrmos do voto do Des. Adhemar Raymundo.

Fui presente: **José Martins Catharino.**

RECURSO DE REVISTA — AÇÃO DE DESPEJO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. —

Conhece-se do mesmo quando transparece a divergência na aplicação do direito. Provimento para declarar-se a prevalência da tese segundo a qual, em ação de despejo, fundada em pedido para uso próprio, vencido o locatário, a sua condenação em honorários advocatícios não se justifica sòmente por fôrça da sucumbência, uma das hipóteses previstas no art. 63 do C.P.C. Não se tendo evidenciado nenhuma delas, no caso, reforma-se o acórdão revisando para conformá-lo, no particular, aos acórdãos padrões.

Rec. Rev. n. 129 — Relator: DES. **RENATO MESQUITA.**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso de Revista n.º 129, de Itabuna, acordam os juízes integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas, a unanimidade, conhecer do mesmo e dar-lhe provimento para, reconhecendo a prevalência da tese contida nos acórdãos padrões invocados, excluir da condenação imposta ao recorrente a verba de honorários advocaticios. Custas pelo recorrido.

Sumariado o caso no relatório de fls. 34, que fica incorporado a esta decisão e em que pese, de um lado, à maneira perfunctória como o acórdão revisando manteve a sentença apelada no tocante à condenação do vencido na verba de honorários advocatícios e, de outro lado, a dificuldade, comum aliás, em separar-se inteiramente a tese jurídica da matéria de fato, transparece, no confronto dos julgados trazidos a colação, um dos quais é oriundo da mesma Câmara donde provém o acórdão impugnado, embora subscrito por turma diversa, a divergência arguída.

Na verdade, enquanto o acórdão revisando, confirmando a sentença, parece ter, implìcitamente, acolhido o princípio da sucumbência, segundo o qual tal condenação se impõe sempre que vitorioso o autor, os julgados erigidos como padrões assim não concluem, sòmente aplicando tal sanção em casos de dolo ou culpa processuais, a que se não pode equiparar a defesa inconsistente.

Caracterizada assim a divergência, no mérito deu-se provimento ao recurso, adotando-se a orientação dos acórdos divergentes que exprime, aliás o entendimento predominante, senão invariável, das Câmaras Cíveis, quiçá da própria segunda, invocando-se os fundamentos nêles contidos como razão de decidir, ou melhor de proclamar a sua prevalência.

Tratando-se, no caso **sub-judice,** de ação de despejo fundada tão só no preceito legal que assegura ao locador a retomada para uso pró-

prio, inaplicável seria o art. 64 do C.P.C., como também o é o art. 63, porquanto não se pode confundir a resistência do inquilino à notificação, nem a inconsistência da defesa, em o dolo ou a culpa processuais, de modo a sujeitar-se o vencido às sanções ali previstas.

Daí porque, em conclusão e como consequência dêsse entendimento, deu-se provimento ao recurso, para a reforma do acórdão revisando no ponto focalizado.

Salvador e Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 29 de dezembro de 1960.

Santos Cruz — Presidente
Renato Mesquita — Relator
Geminiano Conceição — Revisor
Alibert Baptista
Clovis de Athayde Pereira
Simas Saraiva
W. de Oliveira e Sousa
Pondé Sobrinho
A. Mirabeau Cotias
Décio S. Seabra

Fui presente: **José Martins Catharino.**

RECURSO DE REVISTA — DESPEJO — SUBLOCAÇÃO — CONSENTIMENTO TÁCITO. — Sendo cabível a revisão reclamada, em virtude da evidente divergência, na interpretação do mesmo dispositivo de lei, entre câmaras isoladas do Tribunal, deve ser fixado o entendimento que, mais em harmonia com a ratio legis, também já se ache consagrado pela doutrina e pela corrente mais caudalosa da jurisprudência dos nossos tribunais. — Rec. Rev. n. 134 — Relator: DES. A. MIRABEAU COTIAS.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista, sob n. 134, da Capital, em que é recorrente Manoel dos Reis Almeida Lopes e recorrida Eliene Maria Nunes de Souza:

O presente recurso buscou fundamento na divergência que as 1.ª e 2.ª Câmaras Cíveis dêste Tribunal estabeleceram na interpretação do art. 2.º da Lei n. 1.300, de 28 de dezembro de 1950. Enquanto aquela, no acórdão transcrito a fls. 4, entende que a sublocação, a cessão ou empréstimo do prédio alugado podem ser feitos mediante consentimento tácito do locador, sempre presumível de fatos e atitudes que induzam à conclusão de que êle não poderia ignorar a condição do sub-inquilino, a última se apega à letra da lei, entendendo, no acórdão trasladado a fls. 21, que o consentimento por escrito do locador é requisito indispensável à legitimação daquela transferência de locação.

A leitura dos referidos acórdãos, já que não há dúvida sôbre a tempestividade do recurso, como salientou a douta Procuradoria Geral, no parecer de fls. 27, dá-nos a certeza de que o entendimento do direito em tese, pelos dois órgãos judicantes de segunda instância, é inteira e indiscutìvelmente divergente, o que justifica o cabimento do referido recurso.

No que respeita ao seu mérito, não há como deixar de reconhecer que a razão está com o recorrente e, de conseguinte, com a decisão do acórdão-padrão, porisso que a doutrina e a mais iterativa jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive do Supremo, se inclinam francamente para essa solução. Ela, atendendo mais ao espírito e aos objetivos da lei, antes que à sua letra sêca e rígida, preconiza o entendimento que há consentimento do senhorio à cessão da locação sempre que êste, por tempo mais ou menos longo, recebe alugueres do novo ocupante do prédio, mesmo que dê a entender, através dos respectivos recibos, passados em nome do primitivo locatário, que desconhece o fato da transferência (Espínola Filho, Manual do Inquilinato, 2.ª ed.; Luiz Andrade e Marques Filho, Locação Predial Urbana, 2.ª ed., vol. 1.º; e Agostinho Alvim, Comentários à Lei do Inquilinato 1951, n.º 13).

Relativamente **à questio facti**, o documento transcrito a fls. 15 e o depoimento pessoal da recorrida, reproduzido a fls. 15 verso, mostram que o irmão do recorrente já reside no prédio em causa há mais de seis anos da data da propositura da ação de despejo, e que êsse fato era do pleno conhecimento daquela. Essa evidência é bastante para convencer de que a espécie encarna um caso típico de cessão de locação tàcitamente consentida, em que se torna dispensável a anuência expressa e por escrito do locador, uma vez que a finalidade do art. 2.º da Lei n. 1.300 é a de "evitar abusos e fazer com que o locador tenha ciência da locação", tal como decidiu, em sessão plenária e por unanimidade de votos, no acórdão de 5/8/957, o Supremo Tribunal Federal (Rev. Forense, vol. 174, p. 139).

Acordam, pois, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria de votos, e tendo em vista o relatório de fls. 31, que fica integrando esta decisão, em dar provimento ao recurso, para declarar prevalente a interpretação dada pela 1.ª Câmara Cível, no acórdão-padrão de fls. 4, ao art. 2.º da citada Lei n. 1.300, mantendo a sentença de primeira instância, trasladada de fls. 17 a 21, que julgou improcedente ação de despejo movida pela recorrida contra o recorrente (art. 859, **in fine**, do C.P.C.).

Salvador, 24 de novembro de 1960.

Santos Cruz — Presidente
A. Mirabeau Cotias — Relator
Simas Saraiva — Revisor. Vencido.

Manoel dos Reis de Almeida Lopes veio com o recurso de revista, onde se destaca: a divergência do acórdão da apelação de n. 3.848, da Capital, sendo apelante Jean Prosper Larroute apelado Carlos Costa Batalha, proferido na primeira câmara daquele, lavrado na apelação cível de número 4491, também da Capital, sendo apelante Eliene Maria Nunes de Souza e apelado Manoel dos Reis de Almeida Lopes, proferido na segunda Câmara.

A divergência está na aplicação do art. 2.º da lei n. 1.300 de 28 de dezembro de 1950.

Acha o recorrente que a 2ª Câmara Cível, através da turma julgadora, deu uma interpretação exclusivamente literal — que se diferencia daquela da primeira Câmara Cível.

Pela ementa da primeira câmara cível, eis a matéria:

> — Não constitui locação proibida aquela em que o proprietário, desde o princípio, sabe da mudança de

pessoas na ocupação do imóvel e manter mais de dez anos relações diretas com o ocupante, sem reclamação ou qualquer medida judicial em contrário.

No acórdão da segunda Câmara Cível, eis a sua expressão:

— A exigência do consentimento escrito do locador para cessão e empréstimo do prédio, constitui uma providência salutar. Examine-se a obra da Locação de Imóveis de Carlos de Oliveira Ramos, pág. 10, onde os ensinamentos são seguros e convincentes. Ora, o art. 15 da mesma lei acentua: durante a vigência desta lei não será concedido despejo, a não ser:

n.º 11) — se o locatário infringir o art. 2.º desta lei:

Não há dúvida: os pontos são divergentes entre os dois acórdãos.

Mas — visto o que quer o recorrente?

Ressalta que a 2.ª Câmara Cível, para solução da sua pretensão, descambou para uma interpretação "absolutamente divergente do pensamento doutrinário e jurisprudencial dessa Superior Instância sôbre a matéria, que pode ser traduzida no recente acórdão da primeira Câmaar Cível na apelação da Capital de número 3848.

Mas é o próprio requerente que ressalta que a interpretação da lei dada no acórdão da 2.ª Câmara Cível é, para usar-se a sua expressão, **exclusivamente literal.**

E o princípio literal, e não vejo razão dêsse advérbio exclusivamente, foi invocado no acórdão da primeira Câmara Cível, e foi desprezado.

Aí está escrito de que "se trata de aluguel antigo, sob o regime do Decreto-Lei 6.739 de 26 de julho de 1944, perante o qual, é certo, a cessão da locação e a sublocação eram proibidas, salvo permissão contratual. E no entanto a turma julgadora achou que sempre houve da parte do A. conhecimento da situação do R. em virtude da inferência. E o acórdão firma então: "Alegar depois de tantos anos de relações **ex-locato** as mais francas, cessão não consentida, é ignorar a lei por completo ou admitir que a Justiça seja absolutamente ingênua".

Nesta passagem se invoca o consentimento tácito.

Pode êle prevalecer?

Em face de certas decisões, a resposta pode ser positiva. Mas não de feição, ou de caráter de metáfora, como quer o voto vencedor, quando quer positivar que "a doutrina e a mais iterativa jurisprudência dos nossos tribunais se inclinam francamente para essa solução".

Não. O adjetivo iterativo, aí invocado, não se enquadra porque, no campo oposto, há viva e exuberante jurisprudência — onde o consentimento tácito não pode prevalecer.

Na Rev. Trib. vol. 206, pág. 458, se firma:

— Não se presume o consentimento tácito do locador para que o locatário transfira a outrem a locação, não obstante o longo tempo decorrido da mesma.

E ainda na mesma Revista dos Tribunais, vol. 225, pág. 435, se esclarece em acórdão:

— Se a lei exige consentimento escrito para a sublocação, não pode o mesmo ser dado verbalmente, nem inferido da simples inércia, embora prolongada, por parte do locador.

Poderia enfileirar acórdãos neste sentido.

De tudo isto se chega a uma conclusão lógica: se o Juiz quer "dar uma interpretação rigorosamente destacada, como no caso do venerando acórdão da primeira Câmara Cível, tem de explicar-se pela prova dos autos para a inferência de um consentimento tácito.

O art. 2º da Lei 1.300 toma aí fôrça singular, na maleabilidade de interpretação característica sensível com o resvalo pela expressão semântica do próprio texto da norma.

Claro: a inferência do consentimento tácito, ou não escrito, traz a sua relatividade da explicação da matéria da prova.

E daí?

Há duas modalidades, ou espécies distintas de fundamento do julgamento, dentro da dualidade da jurisprudência e, nessa hipótese, como pode um prevalecer sôbre o outro, num recurso de revista? Como dar privilégio e observar uma decisão sôbre outra? E se de tudo decorre, em recurso de revista, da interpretação que deve ser dada ao **direito em tese**, a melhor forma de sentir o conteúdo da norma jurídica é, em primeiro lugar, a interpretação gramatical. A Lei 1.300, invocada, é de ordem pública, de ordem, portanto, taxativa e, sendo assim, a sua interpretação vai até à de ordem analógica.

E, segundo a doutrina dominante, o intérprete dessa norma não pode ir além disto.

Se a jurisprudência, que usa a inferência para o consentimento tácito em face do elemento constante nos autos, é a que estadeia no acórdão da primeira Câmara Cível, nêle acórdão, como ressalta o recorrente, prima a interpretação **com** liberalidade, por se tratar de legislação de exceção. Mas a **mens legis**, invocada pelo recorrente, surge do próprio valor semântico das palavras, na exigência do consentimento por escrito. Daí é que, não havendo tal forma de consentimento, seria então o caso do Juiz, sobrepondo-se a si mesmo, na sua função, e usando da liberalidade, legislar para a diferenciação de uma norma jurídica: isto é, cessa a exigência do consentimento escrito, na exigência da lei para existir o tal chamado consentimento tácito.

Para uma norma de exigência altamente social, e que se revela em grande interêsse da ordem pública, o Juiz não deve resvalar para o plano de dar côr ao sentido fora da sua realidade.

O recorrente se rebela contra o acórdão da segunda Câmara Cível, em cuja ação Eliene Maria de Souza era A. e Manoel dos Reis de Almeida Lopes — R. Mas êsse acórdão, afastando-se dêsses **suaves princípios de liberalismo**, interpretou a lei na sua essência gramatical, aquilatou bem da sua **mens legis**, e firmou a sua finalidade precipuamente social. Estou com êle e, desta forma, achando que o recurso de revista é, por sua natureza,

de âmbito restrito, e não tem por meta corrigir interpretações sòmente estadeadas em provas e simples inferências, na bancada declarei não conhecer, data venia da revista.

Alibert Baptista
Clovis Leone
Clovis de Athayde Pereira *
Antônio de Oliveira Martins
Renato Mesquita
Geminiano Conceição
W. de Oliveira e Sousa
Pondé Sobrinho
Fui presente: **José Martins Catharino**

---

* Juiz Convocado.

RECURSO DE REVISTA, CABIMENTO ENTRE DECISÃO DA MESMA OU DE CÂMARAS DIFERENTES — IMPROCEDÊNCIA PARA EXAME DE DIVERGÊNCIA RESULTANTE DE MATÉRIA DE FATO. — Para o cabimento do recurso de revista a lei exige que entre o acórdão recorrido e o acórdão-padrão haja discrepância no modo de interpretar o direito em tese, pouco importando sejam da mesma Câmara ou de Câmaras diferentes, pois a revista é admitida tão só para uniformizar a jurisprudência.

A presunção legal inciso II art. 15, da Lei n.º 1.300 é juris tantum e pode ser ilidida pelos meios de prova.

A questão de saber se os indícios em que se baseou o acórdão recorrido para ilidir aquela presunção se revelam ou não concludentes, é questão de fato cuja solução é entregue ao arbítrio do julgador. — Rec. Rev. n. 138 — Relator: DES. **LEITÃO GUERRA**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso de Revista n.º 138, da Capital, sendo recorrente — Ildefonso Manoel de Souza Falcon Braga — e recorrido — Morgade Cortizo & Cia. Ltda.:

Acordam os Juízes das Câmaras Cíveis Reunidas dêste Tribunal, por decisão unânime, desprezar a preliminar levantada na contra-minuta de fls. 42 a 48, de não cabimento da Revista, sob a alegação de que êsse recurso só pode ter lugar quando a divergência do direito em tese, existe entre julgados de duas ou mais Câmaras do Tribunal e nunca entre julgados da mesma Câmara e não conhecer do recurso, por não existir divergência quanto à aplicação do direito em tese, entre o acórdão recorrido, e os apontados como divergentes.

E assim decidem pelas razões que se seguem:

Quanto à Preliminar.

Para o cabimento do recurso de revista o que a lei exige, é que entre o acórdão recorrido e o acórdão-padrão, haja discrepância no modo de interpretar o direito em tese, pouco importando, em que pesem decisões isoladas em sentido contrário, que sejam de mesma Câmara, ou de Câmaras diferentes, por isso que a Revista é admitida tão só para uniformizar a jurisprudência, no tocante à interpretação do direito em tese.

Além disso, no caso submetido a julgamento, os acórdãos, revisando e padrões, são de Câmaras diferentes, aquêle da 1.ª Câmara Cível e um dêstes, da 2.ª Câmara dêste Tribunal.

De referência ao não conhecimento.

Confrontando-se os acórdãos padrões, com o acórdão recorrido, verifica-se que todos êles admitem a presunção legal de sinceridade que milita em favor de quem pede para uso próprio, prédio que lhe pertence, reconhecendo porém igualmente, que por se tratar de uma presunção **juris tantum** e não **juris et de jure**, poderia ser ilidida, pelos meios de prova, permitidos em direito.

Ora, o acórdão recorrido não afirma que simples conjeturas, são bastantes para ilidir aquela presunção. Ao contrário disso. Após enumerar uma série de indícios, admitiu como concludente, a prova indiciária, para demonstrar a insinceridade do pedido de retomada.

Comentando o artigo 153, do Código de Processo Civil e Comercial, o insigne Carvalho dos Santos assim se exprime:

"A apreciação do valor probante dos indícios e das presunções, é entregue ao critério do Juiz, que poderá dar-lhe o valor probante, que entender que êles merecem".

E logo depois acrescenta:

"Como já vimos, em doutrina se exige que para as presunções fazerem prova, é essencial que sejam graves, precisas e concordantes. Mas o determinar, se as presunções e os indícios, apresentam êsses caracteres, é uma questão de fato, cuja solução é entregue ao arbítrio do juiz, no tocante aos meios de que deve lançar mão, para formar a sua convicção".

Se pois, o acórdão recorrido entendeu que a presunção legal, prevista no inciso II, do artigo 15, da Lei n. 1.300, foi ilidida pelos indícios que enumerou, é óbvio que a questão de se saber, se êsses indícios foram ou não concludentes, é uma questão de fato, que indiscutìvelmente não cabe ser apreciada no âmbito da Revista.

Por outro lado, os acórdãos padrões que sustentam que a presunção legal referida, só pode ser ilidida, mediante prova escancarada, irrefutável e concludente, não excluem todavia que essa prova seja a indiciária. O que exige sim, é que se trate de prova robusta, positiva, concludente, irrefutável.

E essa questão de saber-se se os indícios em que se baseou o acórdão recorrido, para ilidir a presunção de sinceridade a que se refere a lei do inquilinato, são ou não concludentes, irrefutáveis e escancarados, é, como ficou salientado, uma questão de fato, cuja solução, no dizer dos Mestres, é entregue ao arbítrio do julgador.

Custas pelo recorrente.

Salvador, 21 de julho de 1960

Agenor V. Dantas — Presidente
Adolfo Leitão Guerra — Relator.
Amarílio Benjamin
Alvaro Clemente
Dan Lobão *
A. Mirabeau Cottias
Simas Saraiva
Virgílio Melo *
Arnaldo de A. Alcântara *
Renato Mesquita
Geminiano Conceição
W. Oliveira e Sousa
Fui presente: **José Martins Catharino.**

---

* Juízes convocados.

RECURSO DE REVISTA — INCABIMENTO — Não é admissível a revista quando a divergência se cinge à maneira de apreciar os fatos e circunstância do caso sem atingir a interpretação do direito em tese.

Rec. Rev. n. 152 — Relator: **DES. OLIVEIRA E SOUSA**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de revista n. 152, de ALAGOINHAS, recorrente CARLOS BARROSO BASTOS e recorridas GEORGINA FERREIRA ROXO e outras. O julgamento do recurso de revista impõe, segundo decorre do artigo 853 do Cód. Proc. Civil, um exame preliminar sôbre a ocorrência de divergência em tôrno da maneira de interpretar o direito em tese, para, em caso afirmativo, se fixar, em seguida, a interpretação que deva prevalecer ou ser observada na espécie.

Cuidando dêsse exame, na hipótese presente, observa-se que embora proferidos no mesmo caso e tendo por objeto a mesma relação jurídica, não divergem os acórdãos quanto à interpretação do direito em tese, uma vez que a divergência se manifesta apenas de referência à matéria de fato. Com efeito, enquanto para o acórdão revisto não houve preparo nas 48 horas seguintes à entrega da contraminuta — o que motivou a deserção, para o acórdão padrão o fato não se revestiu dessa simplicidade.

Entenderam os subscritores do mesmo que as circunstâncias do fato desaconselhavam uma interpretação rígida do art. 849 do Cód. Proc. Civil, considerando, para chegarem a tal conclusão, que tendo o recorrente apelado da decisão ignorava que o juiz houvesse recebido o recurso como agravo e, assim, não pudera preparar êste em tempo oportuno.

Sustenta, ainda, o mencionado acórdão que tendo os autos subido à conclusão do juiz imediatamente após a entrega da contraminuta, surgiu um desentendimento entre êste e o escrivão a respeito da devolução dos autos, devendo ser considerada, como data do retôrno, pelo menos fora de dúvida, o dia dois de abril e o agravante, estando a primeiro em Cartório e não encontrando os autos, havia depositado dinheiro para o preparo. Portanto, o acórdão padrão admite que o recorrente, visando preparar o agravo, fez depósito em Cartório antes mesmo que os autos, que se encontravam com o Juiz, retornassem a Cartório.

Enquanto isso, o acórdão que se pretende rever declara expressamente que "na verdade, não houve preparo do agravo nas 24 horas seguintes ao oferecimento da contra-minuta em Cartório, como não houve preparo de qualquer espécie, em qualquer tempo". (fls. 9). Portanto, poderia ter havido êrro quanto à interpretação dada pelos acórdãos aos fatos e circunstâncias do caso, mas êrro em tôrno de fatos não autoriza o pedido de revista.

Eis por que, ACORDAM os Juízes do Tribunal de Justiça da Bahia, em Câmaras Cíveis Reunidas, sem discrepância de votos, não conhecer do recurso e, em conseqüência, condenar o recorrente nas custas.

Salvador 15 de junho de 1961.

Agenor Velloso Dantas — Presidente
Wilton de Oliveira e Sousa — Relator
Adhemar Raymundo — Revisor *
Arivaldo A. de Oliveira *
Virgílio Melo *
Simas Saraiva
Renato Mesquita
Geminiano Conceição
A. Mirabeau Cotias
Arnaldo de A. Alcântara *
Evandro Andrade *
Adolfo Leitão Guerra
Fui presente: **José Martins Catharino**

---

* Juízes convocados

RECURSO DE REVISTA — NÃO CABIMENTO — Não é admissível a revista quando não há divergência na interpretação do direito em tese. Nos casos de despejo fundado em sublocação não consentida o que tem de provar para ilidí-lo, é que a sublocação, e não o contrato de locação, foi celebrado antes da vigência da Lei n. 1.300.

Rec Rev. n. 128 — Relator: **DES. ARIVALDO OLIVEIRA**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de "Recurso de Revista", n. 128, oriundos da Comarca de Valença, em que figuram como recorrente, — Josafá Duque, e, recorrida — Noemi Teixeira Souza.

Acordam os Juízes das Câmaras Cíveis Reunidas sem discrepância de votos, não conhecer do recurso. E assim decidiram, pelos seguintes fundamentos:

O acórdão recorrido, sustenta precisamente o que está expresso no texto da lei, ou seja: "A cessão da sublocação total ou parcial e o empréstimo do prédio, dependem do consentimento por escrito do locador" (Lei n. 1.300, art. 2.º).

"E que durante a vigência dessa lei, não será concedido o despejo, a não ser se o locatário infringir o artigo 2.º dessa mesma lei (art. 15, inciso XI). E argumenta o venerando acórdão:

"Como mostrou com segurança e acêrto a sentença apelada, provado como ficou que o apelante transferiu a casa locada a terceiros sem consentimento escrito do locador, autoriza-se a rescisão do contrato e consequenemente o despejo do inquilino e do seu ocupante, pouco importando que a cessão de locação tenha título oneroso, sublocação, ou gratuito, empréstimo".

Enquanto isto, os acórdãos padrões dizem: o da Primeira Câmara Cível, que: "É inteiramente válida, a cessão de locação por consentimento tácito do locador, sob o regime das

leis antigas", e o da Segunda Câmara, que: "Sòmente depois da Lei n. 1.300, é que se tornou exigível o consentimento expresso da sublocação e que nas leis anteriores, a sublocação não exigia consentimento expresso, vez que o locador ou proprietário não tinha residência na propriedade".

Pergunta-se então: onde está a divergência na interpretação do direito em tese, entre os acórdãos citados?

Qual foi o que afirmou que não era válida a cessão de locação por consentimento tácito do locador, sob a vigência das leis anteriores à 1.300. ou que tivesse negado, que sòmente depois da Lei 1.300, é que se tornou exigível o consentimento expresso da sublocação?

O acórdão recorrido?

Não. Em nenhuma passagem dêsse acórdão, existem tais afirmativas. Ao contrário disso, a decisão do acórdão recorrido, está em perfeita consonância com a dos acórdãos padrões

Entende todavia o recorrente que a contradição é manifesta, porque no caso do acórdão recorrido, o contrato de locação que se pretende rescindir, foi firmado muito tempo antes da vigência da Lei 1.300.

Mesmo em se admitindo provada essa alegação, em nada melhoraria a situação do recorrente. Como decidiu o T. J. do Distrito Federal:

"Nos casos de despejo fundado em sublocação não consentida, o que se tem de provar para ilidí-lo, é que a sublocação, e não o contrato de locação, foi celebrado ao tempo em que não vigorava a proibição legal para instituí-la sem aquela exigência". (Ac. publicado na Rev. Forense 154 pág. 223).

E a jurisprudência hoje tranquila é no sentido de que, tratando-se de sublocações posteriores à vigência da Lei n. 1.300, é necessário, para prevalecer e não caracterizar infração, o consentimento escrito do locador, embora a locação tenha sido anterior àquela lei.

É óbvio pois, que para ser admitido o presente recurso de revista, deveria o requerente, provar, de forma inequívoca, que a sublocação ou cessão, se verificou antes da vigência da Lei n. 1.300.

E essa prova não existe nos autos. Ao contrário disso, pela leitura da sentença de fls. a única conclusão a que se pode chegar é que a sublocação foi posterior à Lei 1.300, por isso que segundo o prolator da decisão mencionada, o réu daquela ação ocupava há vários anos o prédio pertencente aos menores, da praça Barão Homem de Melo n. 13, que lhe fôra dado em locação pelos falecidos pais dos menores e que ao tempo da ação, o locatário em desrespeito ao disposto no artigo 2.º, da lei já citada, sublocara o referido imóvel ao sr. Nildo Costa.

Disse, aliás, o julgador, isso, citando as alegações do próprio autor da ação. Ora, se a ação foi proposta em 21 de março de 1957 e se a sublocação, segundo o próprio autor, teve lugar ao tempo da ação, é fora de qualquer dúvida que a sublocação se verificou muito depois da Lei 1.300, que é de 1950.

Impõe-se assim o não conrecimento do recurso.

Custas pelo recorrente.

Salvador, 8 de junho de 1961.

Agenor V. Dantas — Presidente
Adolfo Leitão Guerra — Relator
Arivaldo A. de Oliveira — Revisor
Virgílio Melo *
Almas Saraiva
Antônio de Oliveira Martins
Renato Mesquita
W. Oliveira e Sousa
A. Mirabeau Cotias
Arnaldo de A. Alcântara *
Evandro Andrade *
Fui presente: **José Martins Catharino**

---

* Juízes convocados

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA FORMULADA NA CONTESTAÇÃO

Decisão final é a que resolve, definitivamente, qualquer ponto da controvérsia, sem possibilidade portanto de exame, através de recurso ordinário. É cabível agravo de instrumento, com apoio no inciso 2º do art. 842 do Código de Processo Civil, da decisão sôbre matéria, de competência, quando esta, destacada do mérito da causa, fôr argüida, preliminarmente na contestação.

Relator — ADHEMAR RAYMUNDO

A C Ó R D Ã O

ACORDAM os Membros das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça, por maioria de votos, conhecer da revista e, no mérito, deferí-la, pelas razões seguintes:

Hilário Bispo de Almeida e Feliciano Marques de Almeida ajuizaram contra a Prefeitura Municipal, Eng. Hélio Ferreira Machado, Elias Kalile e Erik Cerqueira, ação ordinária. Os querelados, na contestação, argüiram a incompetência ratione materiae do Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Municipal. Êste, através de decisão (fls. 10) fundamentada, concluiu pela IMPROCEDÊNCIA DA EXCEÇÃO oposta. Desta foi interposto agravo de instrumento, com fundamento no inciso 2º do art. 842 da lei processual. A Segunda Câmara Cível dêste Tribunal, **por maioria de votos**, não conheceu do agravo, sob o fundamento de que: a) **a razão está com os que não admitem dito recurso, quando não fôr interposta exceção de incompetência**; b) e o ato impugnado tivera SANEADO O FEITO (fls. 4v.)

Os recorrentes, apontados em acórdão da Primeira Câmara Cível, também dêste Tribunal (fls. 12/13), no qual se reconheceu ser admissível a interposição do agravo de instrumento, nos casos de decisão sôbre incompetência, quando esta tiver sido articulada, COMO PRELIMINAR, NA CONTESTAÇÃO, interpuseram o presente recurso de revista,

para que as Câmaras Cíveis Reunidas dêem gasalhado à tese da admissibilidade do agravo de instrumento de tôda e qualquer decisão sôbre competência.

Impõe-se o conhecimento da revista, pelo fato de coexistirem os pressupostos do dito recurso.

Em primeiro lugar, dissentindo do douto parecer do Dr. Procurador Geral da Justiça, a decisão recorrida é FINAL. Ensinam os mestres que tem êste caráter a decisão quando ela não pode ser objeto de reexame, através de recurso ordinário. (V. **Frederico Marques** — Instituições — Vol. 4º, pg. 297).

No caso dos autos, estamos diante de decisão final. O acórdão recorrido, cuja revisão se pede, solucionou, em definitivo, sem possibilidade de reexame, determinado ponto da controvérsia, qual o pertinente ao problema da incompetência **ratione materiae**, focalizado, como preliminar, na contestação. O ato jurisdicional referido, não conhecendo do agravo, impossibilitou o reexame da referida questão de direito, solucionada pelo Dr. Juiz da Fazenda Municipal, através de despacho fundamentado. Se assim é, está o mesmo protegido pela COISA JULGADA FORMAL, uma vez que a Segunda Câmara Cível do recurso não conhecera.

Não se argumente que a incompetência **ratione materiae** pode ser argüida em qualquer instância e declarada, de ofício, pelo juiz. Mas, o que a norma processual permite (art. 182 § 1º) é a **suscitação** da incompetência em qualquer tempo. Destarte, decidida cita questão, em definitivo, com o trânsito em julgado (do ponto de vista formal) do respectivo ato jurisdicional, IMPOSSÍVEL O SEU REEXAME ATRAVÉS DE RECURSO ORDINÁRIO.

No caso dos autos, o interposto da decisão denegatória da incompetência, NÃO FÔRA CONHECIDO, como visto.

Ademais, nenhum juiz poderá decidir, novamente, as questões já decididas (art. 289 do C.P. Civil). Dito impedimento ou limitação aos podêres do juiz no processo estende-se também aos tribunais superiores V. **Frederico Marques** — Ob. cit. Vol. 2º, pág. 386).

Não prevalece o argumento de que, como final, deve ser entendida a decisão que julga o mérito da causa. Desde que se trate de interlocutória mista, como assentada, unânimemente, pela doutrina, na qual determinado ponto do litígio é solucionado, ter-se-á decisão final.

Valem citadas as seguintes ementas: "Para efeito de admissibilidade da revista, é final a que julga e põe fim ao processo, como aquela que julga, definitivamente, qualquer ponto do litígio" (Rev. dos Tribunais de S. Paulo — Vol. 193, pg. 392).

"Decisão final é a que julga, em definitivo, terminantemente, sem mais recurso, uma determinada questão de direito" (Rev. dos Trib. Vol. 210 — pg. 309).

"Pode não pôr fim ao pleito, mas é final desde que decida, definitivamente, qualquer das questões nêle agitadas, como, por exemplo, se repele ou admite uma exceção" (Rev. do Trib. Vol. 140 — pg. 214).

Irrelevante, ainda, o ponto de vista do Dr. Procurador Geral da Justiça quando proclama que o não conhecimento da revista se impõe pelo fato de não haver divergência entre o acórdão revisando e o padrão. É a tese dos recorridos, que mereceu a acolhida de alguns Membros dêste Colégio. Na verdade, os acórdãos são divergentes, tendo partido ambos de PREMISSAS IDÊNTICAS.

Não se argumente, como fizeram os recorridos, que a decisão revisanda, partindo do pressuposto de ser o despacho do Juiz o saneador, espelha **matéria de fato**, que, portanto, o torna dessemelhante do acórdão padrão, o qual apreciou e julgou agravo de decisão que não saneara o feito.

Na sua essência, o acórdão recorrido (fls. 4) defende tese jurídica diametralmente opostaa à do acórdão padrão. O que se encontra naquele, sem sombra de dúvida, como argumento medular, é a tese de que é inadmissível o agravo de instrumento QUANDO NÃO TIVER SIDO INTERPOSTA EXCEÇÃO, vale dito, quando esta não tiver sido DEVIDAMENTE FORMALIZADA. Isto porque, como vimos, o réu Hélio Machado, NA CONTESTAÇÃO, ARGÜIU, COMO PRELIMINAR, a INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE. No acórdão padrão, também, dita matéria fôra argüida, COMO PRELIMINAR (fls. 12v.).

EM AMBOS OS CASOS HOUVE ARGÜIÇÃO DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. Se, num, deixou o Dr. Juiz de atender às formalidades pertinentes à exceção, vale dizer, se esta não se processara, nos têrmos da lei formal, e, no outro, assim não se procedeu, porque aquelas foram cumpridas, dêsse fato não se há de concluir que as decisões não são divergentes. Bem ao contrário, elas divergem, PORQUE DECIDIRAM A MESMA TESE JURÍDICA de modo diverso. Argüida a EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA, ou melhor, a INCOMPETÊNCIA, que é UMA EXCEÇÃO (pois não perde êste caráter por não ter sido formalizada), quer como preliminar, destacada do mérito da causa, quer como exceção formalizada, HÁ, EM AMBOS OS CASOS, O MESMO FATO JURÍDICO, QUE É O IMPEDIMENTO OU OBSTÁCULO AO REGULAR DESENVOLVIMENTO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. Em qualquer das hipóteses, o réu, através dessa suscitação, denunciou a falta de um pressuposto processual: a competência.

O êrro do acórdão revisando, consistente em considerar a decisão agravada como DESPACHO SANEADOR, não é MATÉRIA DE FATO.

Ao desenvolver a tese da inadmissibilidade do agravo, achou por bem a douta maioria da Segunda Câmara considerar aquela (a decisão agravada) simples despacho saneador. Evidente equívoco, PORQUANTO, NO FINAL DO DECISÓRIO, O DR. JUIZ CONCLUÍRA POR JULGAR IMPROCEDENTE AS EXCEÇÕES (FLS. 10), SEM TER, PORTANTO, NA VERDADE, SANEADO O FEITO.

Ademais, êsse **êrro, no qualificar juridicamente a decisão agravada**, não pode ser considerada matéria de fato. Salta aos olhos, pela sua evidência solar, que a decisão agravada PROCEDEU A UMA ERRÔNEA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO DESPACHO IMPUGNADO. Quem JULGA UMA EXCEÇÃO, COMO SE FÊZ, NÃO SANEIA O PROCESSO. E isto não é questão de fato, ao contrário, é questão de direito.

A divergência entre os acórdãos revisando e padrão promana da circunstância de que, DE REFERÊNCIA À MESMA QUESTÃO DE DIREITO — A INCOMPETÊNCIA, focalizada em agravo de instrumento, com apoio no inciso 2º do art. 842 do C.P.C., êste Tribunal,

através de duas das suas Câmaras, se manifestou de MODO DIVERSO. Daí a divergência a ensejar a revista, ora conhecida.

O deferimento da revista é uma conseqüência do expendido linhas acima.

"Em regra, decidiu o Supremo, através de voto de **Orosimbo Nonato**, o agravo é interposto da decisão sôbre matéria de competência em forma de exceção. Não obstante, alegada, como preliminar, se o Juiz a destaca, sem resolver o mérito, de tal decisão é cabível aquêle agravo, como se tratasse de decisão proferida em exceção". (V. fls. 16 dos autos).

"Estamos com a corrente, disse o Des. Geminiano Conceição (in Rev. dos Tribunais da Bahia — Vol. 60 — pg. 47), dos que entendem, sem atender à literalidade do inciso 2º do art. 842 que o agravo de instrumento cabe de tôda e qualquer decisão sôbre competência, dada a relevância da matéria — principalmente a competência absoluta — que pode ser decretada ou argüida após o tríduo da lei, a exigir o entendimento amplo".

Deferida fica a revista, para que a Egrégia Segunda Câmara prossiga no julgamento do agravo interposto, como de direito.

Salvador, 5 de outubro de 1961.

Agenor Veloso Dantas — Presidente.
Adhemar Raymundo — Relator.
Viana de Castro *
Júlio Virgínio *
Virgílio Melo *
Claudionor Ramos *
Renato Mesquita — Vencido — Não conheci do recurso, por entender não existir divergência, quanto à tese jurídica nêles consagrada, entre o acórdão revisando e o apresentado como padrão (Doc. n. 4), até porque, embora ambos se refiram à matéria de competência, foram proferidos em recursos de natureza diversa, o primeiro num agravo de instrumento, o último numa apelação. Aquêle não conheceu do agravo, firmando a tese de que, não se tendo formalizado a exceção prevista do C.P.C. (arts. 182-184), incabível seria o recurso interposto. O segundo não conheceu da apelação interposta contra despacho do juiz que acolhera a argüição da sua incompetência, visada nêle, embora a sua ementa faça referência à tese discutida, nada se decidiu quanto ao cabimento ou não do agravo de instrumento na hipótese julgada pelo acórdão revisando. E, não conhecendo da revista, pareceu-me que, no mérito, a conclusão que se me impunha, lògicamente, era a de indeferí-la, porquanto, o acórdão dito padrão não contém decisão aplicável ao caso.

Geminiano Conceição — vencido quanto ao não conhecimento do recurso, ao mérito, entretanto, deferi a revista.

W. Oliveira e Sousa — nos termos do voto do Des. Geminiano Conceição.

Arnaldo A. Alcântara *
Evandro Andrade *

Adolfo Leitão Guerra — vencido quanto à preliminar, pois entendi que não se devia conhecer do recurso em face de não existir divergência no que tange à interpretação do direito em tese, entre o acórdão recorrido e o acórdão padrão.

Fui presente: **José Martins Catharino**.

---

* Juízes convocados.

DESPEJO. MORA

Não purgada regularmente a mora na ação de despejo, o recebimento dos aluguéis, por via de ação executiva, não pode importar em renúncia daquela. A mora já produziu todos os efeitos, entre os quais o de autorizar a resolução do contrato de locação.

A purgação de mora posterior, em outra ação de despejo, que teve causa petendi autônoma, não ilide a ação anterior.

Emb. n. 2857 — Relator: DES. OLIVEIRA E SOUSA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de embargos civeis n. 2.857, da Capital, sendo recorrente HANS BROCKIE VON STROGANY e recorrido LUCIANO VENTIM DURAN.

r x x

1. Trata-se, na espécie, de uma ação de despejo por atraso de quase dois anos de aluguéis do prédio n. 53, à rua Matias Albuquerque, nesta cidade, de propriedade do embargado.

Não contestado o pedido, nem requerida, no prazo, a purgação da mora pelo inquilino, ora embargante, intentou o embargado ação executiva para cobrar-se dos aluguéis vencidos. Citado para os têrmos da ação executiva ,o embargante, no prazo de 24 horas, depositou em cartório o pagamento do principal, dos honorários e custas pertinentes a essa ação executiva.

Esclareça-se, aqui, para bem situar os têrmos da questão, que a ação executiva de aluguéis sòmente fôra proposta depois de escoado o prazo para a purgação da mora na ação de despejo.

O Dr. Pretor, diante do pagamento dos aluguéis na ação executiva, considerou inexistente a dívida e negou o despejo, condenando, entretanto, o inquilino nas custas e honorários, o que importa em indisfarçável contradição.

Inconformado, apelou o autor e a egrégia 1ª Câmara, por maioria, deu provimento ao recurso para decretar o despejo, entendendo que o "recebimento, pelo autor, dêsses aluguéis, quando já extinto o prazo da contestação do despejo e no curso da ação executiva, não tem o efeito de convalidar o contrato, pôsto que a **emendatio morae**, pelo réu, só teria sido possível até o têrmo estabelecido no § 1º do art. 15 da citada Lei 1.300". (fls. 55).

Houve, então, embargos, onde o réu embargante sustenta haver desacêrto na decisão recorrida, de vez que se cuida de **cessação da mora**, originada pela renúncia tácita do credor e não mais de purgação de mora.

Impugnando o recurso, sustenta o embargado que o acórdão, louvando-se em doutrina do melhor quilate e em farta jurisprudência, merece integral confirmação.

2. Incensurável é o acórdão embargado.

Na hipótese, não há como falar-se em purgação da mora, porque esta não fôra requerida no prazo, nem em cessação da mora pela renúncia. A doutrina citada pelo embargante, apesar de certa, é inteiramente inaplicável no caso dos autos, uma vez que, ao ser feito o pagamento dos aluguéis, na ação executiva, o locador já houvera pleiteado, judi-

cialmente, através de despejo, a resolução do contrato de locação em decorrência da mora.

Com efeito — como sustenta o acórdão — a dívida proveniente de aluguéis é uma obrigação líquida, "cujo inadimplemento no seu têrmo, por si só, constitui de pleno direito em mora o devedor (artigo 960 do Cód. Civil), pois **dies interpellat pro, homine**".

Em mora, pois, o devedor, pelo simples inadimplemento da obrigação no prazo, fica o credor com o direito potestativo de pedir unilateralmente a resolução judicial da locação, uma vez que, em todo contrato sinalagmático, se acha subtendida a condição resolutiva tácita (§ único do art. 1.092 do Cód. Civil). Foi o que fêz o embargante, requerendo a ação de despejo, que não é naad mais que uma ação de resolução do contrato.

Citado o devedor para o despêjo, a condição resolutiva tácita se realizou, pois, em face do § único do art. 119 do Código Civil, ela opera pela interpelação judicial, à qual se equipara a citação inicial. Ora, verificada a condição, **para todos os efeitos** (art. 119), se extingue o direito a que ela se opõe, isto é, o devedor não pode pretender a continuação do contrato.

Se, portanto, o credor recebe os aluguéis depois da citação inicial da ação de despejo, êsse seu ato não pode importar em renúncia da mora. O recebimento da dívida que importa em cessação da mora, pela renúncia tácita — é aquêle que tem lugar antes da propositura da ação de despejo. Se o embargado houvesse requerido a ação executiva, e, feito pelo réu o depósito de aluguéis, não mais poderia ter requerido o despejo, pôsto que a mora teria cessado pela renúncia, não havendo mais cabimento para a propositura de ação de resolução contratual, com base na condição resolutiva tácita.

Cumpre, portanto, distinguir se o recebimento dos aluguéis em mora foi anterior, ou posterior, à ação de resolução, pois sòmente naquele caso poder-se-á falar em cessação da mora pela renúncia.

Ora, no caso, a ação executiva, como já dito, sòmente fôra ajuizada depois de citado o inquilino para a ação de despejo por atraso de aluguéis e de escoado o prazo, não só para a contestação do pedido, como para a purgação da mora.

Como, pois, falar-se em renúncia, se o autor já exercitara o seu direito de pedir a resolução do contrato?

A ação de despejo não pode ficar prejudicada pela propositura da ação executiva de aluguéis É a lição dominante na doutrina e na jurisprudência, consoante se pode ver do erudito e brilhante parecer de LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, publicado na Revista Forense, volume 176, págs. 108/114. O festejado autor se apoia nas lições de VAMPRÉ, AZEVEDO MARQUES, SORIANO DE SOUZA, COSTA MANSO e outros, e em julgados de tribunais pátrios, concluindo por demonstrar plenamente que a possibilidade da propositura das duas ações não se modificou diante das leis de emergência sôbre o inquilinato, que permitem a purgação da mora mesmo apos ajuizada a ação de despejo. Merece transcrito o seguinte trecho do aludido parecer: "Sem dúvida é direito do locatário — e está escrito na lei (Lei numero 1.300, artigo 15, § 1ª) — emendar a mora em que incorreu e, pagando os aluguéis em atraso, mais as custas e mais os honorários, impedir que a resilição se dê.

"Essa **possibilidade**, essa **faculdade** que a lei dá ao inquilino, — e que por êle pode ser exercida **ou não** — não é de molde a obrigar o locador a ficar de braços cruzados, sem defender o seu crédito até que termine o prazo concedido ao locatário para exercer aquela faculdade".

"Se o aluguel já está **vencido**, é de primeira evidência que o credor — no caso, o locador — tem todo o direito de cobrá-lo. E de cobrá-lo a qualquer tempo, enquanto não consumada a prescrição. No dia imediato ao do vencimento, ou até cinco anos depois, não importa. O árbitro da oportunidade da cobrança é o próprio credor, e sòmente êle".

'E como cobrar o crédito?

"Pela via que a lei lhe dá, pela forma que a lei prescreve e com as garantias que a lei confere. No caso, por meio da ação executiva".

'Concedendo ao locatário a faculdade de purgar a mora, não estabeleceu o legislador, além dêsse, outro benefício, ou benefício de outra natureza, **impeditivo** da **cobrança** do aluguel ou aluguéis vencidos". Não ficou o locador, pela adoção daquela medida, despido dos meios comuns de defesa de seu crédito e de seus interêsses. Quisesse o legislador conceder **moratória** ao inquilino, tê-lo-ia dito expressamente. Tê-lo-ia dito e teria que dizê-lo expressamente pois a lei que abre exceção a princípio geral de direito não se aplica senão aos casos que especifica". (REVISTA FORENSE, vol. 176, págs. 109/110, § 6).

Em perfeita harmonia com essa doutrina está o acórdão embargado, quando sustenta. "Como está provado pela certidão de fls. 29, o autor recebeu os aluguéis em 9 de agôsto de 1956, vale dizer, depois de decorridos mais de quinze dias de esgotado o prazo para a purgação da mora na presente ação".

"O recebimento, pelo autor, dêsses aluguéis, quando já extinto o prazo da contestação do despejo e no curso da ação executiva, não tem o efeito de convalidar o contrato, pôsto que a **emendatio morae**, pelo réu, só teria sido possível até o têrmo estabelecido no § 1º do art. 15 da citada Lei 1.300" (fls. 55).

Outro não é o entendimento do Tribunal de São Paulo, como se tem das decisões invocadas no Acórdão e mais da seguinte: 'O recebimento pelo senhorio de aluguéis vencidos após a propositura de ação de despejo por falta de pagamento não faz desaparecer os efeitos da falta do locatário. Pelo fato de estar sujeito a despejo por vício ulterior não escapa o inquilino da obrigação de solver o preço da ocupação da casa". (Revista dos Tribunais, vol. 235, pág. 413).

3. Após a oposição dos atuais embargos, o recorrente pediu a juntada da certidão de fls. 79 para demonstrar que, havendo ajuizado outra ação de despejo por atraso de aluguéis supervenientes aos referidos na inicial teria o autor renunciado expressamente à presente ação, tanto mais quanto nesta segunda demanda a mora fôra regularmente purgada.

Todavia, a segunda ação de despejo nenhuma influência poderá ter no julgamento dêstes embargos.

A mora, que serviu de **causa petendi** à presente ação, dizia respeito aos aluguéis vencidos a partir de setembro de 1954 até junho de 1956. Ora, sendo a locação um contrato de execução continuada, as obrigações das partes se prolongam e se reproduzem

mensalmente, de tal sorte que podem dar lugar a mais de uma ação de resolução, desde que os respectivos pedidos se refiram, como no caso, a períodos distintos.

Pagos, como foram, por via de executiva, os aluguéis referidos na inicial, nem por isso deixou de prosseguir a presente ação de despejo. Com a oposição dos embargos pelo réu, o Acórdão recorrido, que decretou o despejo, teve, naturalmente, a sua execução suspensa. Nesse meio tempo o réu incidiu em nova mora. Nada impedia, portanto, que nova ação de despejo fôsse proposta.

O locador não tinha que aguardar, impassível, a solução definitiva da presente demanda, que poderia até lhe ter sido adversa. Se, portanto, o inquilino purgou a mora na segunda ação de despejo, ilidida não ficou a ação anterior, que teve **causa petendi** autônoma.

Absurdo seria, ademais, considerar-se êsse segundo despejo como ato de renúncia do primeiro. Ao revés disso, com êle o embargante veio reafirmar o seu propósito de resolver o contrato.

Nestas condições:

Acordam as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria de votos, rejeitar os embargos

Custas, como de lei.

Salvador, 16 de julho de 1959.

Alvaro Clemente — Presidente.
Wilton de Oliveira e Sousa — Relator designado.

Geminiano Conceição — Relator, vencido. Não fiz nenhum cabedal dos efeitos da ação executiva promovida por Luciano Ventim Duran contra Hans Brockie, através da qual êste saldara apenas os alugueres, sem a satisfação integral da dívida.

Sei que purgação da mora, pelo sistema da lei do inquilinato, sem custas e honorários, não pode valer. Encarei o caso, por outro aspecto, que transformou basilarmente a configuração jurídica então retratada, quando do julgamento da apelação. Na pendência dos embargos o autor propôs nova ação de despejo contra o réu, e êste, consoante a prova oferecida pela certidão de fls. 79, purgou cabalmente a mora, quitando-se, pelo pagamento total da dívida, inclusive custas e honorários do advogado do locador. O que significa dizer, com acêrto: nos lídimos têrmos do § 1º do art. 15 da Lei 1.300, evitou a rescisão do contrato, pagando os aluguéis vencidos e os respectivos encargos.

Entendi, que de pleno direito ficara elidida a ação anterior, eis que ela visara a decretação do despejo, por causa já superada na oportunidade da apreciação dos embargos.

As mesmas partes, o mesmo imóvel — objeto do litígio, — os mesmos motivos da pleiteação do autor.

A intenção do locador de despejar o seu inquilino não podia prevalecer, como afinal vingou encontrando-se o réu já totalmente quite, assistido, portanto, pelo amparo desvendado da lei específica. Que a mora continuava aberta e sujeitas as partes às conseqüências dela decorrentes, inclusive a purgação pelo devedor, nada mais é preciso considerar, além da propositura da nova ação de despejo.

A mora cessa com a extinção da obrigação.

Houve, no caso, renúncia expressa da mora pelo credor.

Recebendo êle, como recebeu, do devedor, o pagamento integral da dívida, não podia subsistir o único fundamento, em que se arrumara, para a rescisão do contrato. Sendo um preceito de equidade a escusa da mora, não há como falar em mora do inquilino que pagou, na ação específica, a dívida e todos os seus encargos.

Na aplicação de uma lei, notadamente em face da lei do inquilinato, o Juiz muita atenção deverá prestar aos fins sociais a que ela se dirige.

O meu convencimento, para o recebimento dos embargos, conciliou a lei com a prova impressionadora que emergiu.

J. Maciel dos Santos — Vencido. **Data venia** da douta maioria, adotei, integralmente, os fundamentos do brilhante voto do Des. Geminiano Conceição. Se já pagos, em ação executiva, os alugueres que determinaram a propositura da presente ação de despejo, cessada estaria a mora, segundo muito bem decidiu o Dr. Pretor **a quo**, com apoio em Carvalho Santos. E se, em ação de despejo, mais recente, por falta de pagamento de novos alugueres, o inquilino purgou, integralmente, a mora, satisfazendo custas e honorários de advogado, tal circunstância terá feito desaparecer as razões que, nesta causa, porventura, justificar a rejeição dos embargos. Eu os recebia, pois.

Amarílio Benjamin — Vencido na conformidade do voto do Des. Geminiano Conceição.

Mirabeau Cotias.
Aderbal Gonçalves.
Evandro Pereira de Andrade *

Cândido Colombo — Vencido, porque acompanhei o Exmo. Sr. Des. Germiniano Conceição.

Renato Mesquita.

---

* Juiz convocado.

COMODATO — Ao desobrigar o inquilino do pagamento de aluguéis futuros, o proprietário pratica liberalidade que põe termo à onerosidade do contrato e converte a locação em comodato. Êsse favor, pela sua pessoalidade, não obriga o adquirente, salvo quando estipulado na escritura. A alienação do bem é um dos modos de extinção do ato de munificência. Ação de imissão de posse é meio idôneo para o adquirente haver a posse, do terceiro, comodatário, que a detém.

EMB. nº 2.950 — Relator: Des. **CLAUDIONOR RAMOS.**

A C Ó R D Ã O

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de EMBARGOS CÍVEIS, originários de Alagoinhas, entre partes: — MATERNIDADE NOSSA SENHORA DE FÁTIMA, Embargante, JOSÉ SATURNINO RIBEIRO GONÇALVES, Embargado.

Da. Laurentina Ribeiro Pessoa alugou a casa n. 12, à rua Manoel Vitorino, em Alagoinhas, de sua propriedade, à MATERNIDADE NÔSSA SENHORA DE FATIMA. Depois de certo tempo, atendendo a pedido de sua Direção, dispensou-a do pagamento de alugueres vincendos. Mais tarde, porém, exigiu voltasse a pagar-lhos. Foi desatendida. Doou, então, o imóvel alugado a JOSÉ SATURNINO RIBEIRO GONÇALVES, seu neto, o qual pretendeu, também, amigàvelmente, reconstituir a locação, com insucesso. Por essa razão, interpelou judicialmente a MATERNIDADE, que se afirmou, nos autos, titular de direito real — de uso —, exibindo a carta que Da. Laurentina lhe escreveu, ao instituir a gratuidade, como título constitutivo do seu direito, transcrita no Registro de Imóveis da Comarca. Face a essa declaração, emprestado pela beneficiária caráter de perpetuidade ao ato de favor, moveu-lhe o donatário AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE, com fundamento no artigo 381, I, do Código de Processo Civil. A contestação desenvolveu a tese aflorada na resposta à interpelação. Na sentença, o Juiz desconheceu a definição de ambas as partes à relação jurídica e firmou seu entendimento de que a locação persistia, íntegra, não desconstituída ao conceder a proprietária a remissão do preço contratual. É sua a palavra: — "E continuou o nexo contratual. Existia entre ambas o vínculo de um contrato verbal de locação do prédio" (fls. 58v). Assim interpretando a convenção, decidiu que ao Autor-Embargado "caberia bandear-se para o refúgio do despejo, se teimasse a Ré em se valer da benemerência da velha senhora bondosa" (fls. 59). Essa decisão foi reformada pela 2.ª Câmara, declarada a procedência da ação, reconhecido haver entre os litigantes simples empréstimo de uso, para cujo desfazimento, alienado o imóvel, é meio apropriado a ação proposta. Pronunciou-se contudo, um dos eminentes Julgadores pela constância da relação ex-locato e, com isto, propiciou embargos.

* * *

No conceito legal, locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a ceder à outra, o uso e gôzo de uma coisa não fungível, durante certo tempo, mediante retribuição (artigo 1.188 do Cód. Civil).

Integra-a, pois, como um dos seus elementos essenciais, a retribuição. "A onerosidade é da essência do contrato de locação. Ao uso e gôzo da coisa deve corresponder, necessàriamente, certa retribuição", escreveu o Prof. Orlando Gomes (Contratos, n. 203).

No caso em julgamento, o liame é destituído de cunho oneroso. Ao favorecer a MATERNIDADE, como ajuda à mãe pobre de Alagoinhas, com a derrisca de aluguéis, desfez a proprietária o contrato de locação e instituiu outro, semelhante, porém, de natureza gratuita.

Carece de firmeza o argumento de que a locação fôra restabelecida tanto que a doadora e seu neto pretenderam receber aluguéis, fundado o asserto em passo da inicial e da interpelação. Naquela petição lê-se que o Autor, ora Embargado, "procurou a ruçlomia, visando a um entendimento amigável, no sentido de receber os aluguéis correspondentes à ocupação do imóvel" e que a recusa motivou o procedimento interpelatório (fls. 3), reafirmando o interpelante que envidara recebê-lo, negando-lhos a Embargante "sob alegação de terem os mesmos sido dispensados pela anterior proprietária, através uma carta" (fls. 7). Tais excertos, entretanto, não provam houvessem os interessados restaurado a locação. Provam, exatamente, o contrário. Provam que o ato de beneficência fôra reconsiderada, com o objetivo de restabelecimento da antiga locação, sem a idéia de desalojar a MATERNIDADE, nem de aumentar a remuneração anteriormente ajustada. Simples intento, a repulsa da beneficiária, a qual fôra interpelada justamente para que dissesse se estava "na disposição de efetuar o pagamento mensal dos alugueres à base de três mil cruzeiros como vinha fazendo anteriormente, ou apresentasse razões porque não faz, sujeitando-se neste último caso ao competente procedimento judicial por parte do requerente" (fls. 7v). O Embargado realmente quis reconstituir a locação, reimprimir à ocupação da casa o caráter de onerosidade. A Embargante, no entanto, manifestou-lhe oposição veemente, por entender estar perpètuamente exonerada do ônus, sòmente passando a admitir configurada a relação ex-locato depois da sentença, absurda e injurídica no concernente à mantença da graciosidade. A pura e simples intenção do Embargado, de redar à relação seu feitio primitivo, não tem o poder de transformar o comodato em locação. Em bons têrmos de direito, é inadmissível se afirme constituído um contrato bilateral sem a anuência de uma das partes, ou, melhor, opondo-se terminantemente uma das partes a estipulação essencial.

* * *

Opina Carvalho Santos que "se a remissão abrangeu não sòmente os aluguéis vencidos, mas teve por objeto o preço ainda para o futuro, enquanto durar o contrato, a locação transformar-se-á daí por diante, conforme as hipóteses, em usufruto a título gratuito, ou em comodato, ou em doação daquele gôzo que ao proprietário pertenceria" (Cód. Civ. Int., vol. XVII, 20).

Ajustado por simples carta, não pode o contrato em exame ser interpretado como usufruto ou doação, por ser a escritura pública da substância do ato "nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sôbre imóveis de valor superior a Cr$ 10.000,00, excetuado o penhor agrícola", como dispõe o artigo 134, II, do Código Civil diploma que, no artigo 145, III, estatui a nulidade do ato "quando não revestir a forma prescrita em lei".

Acertado, pois, o pronunciamento do Embargado, nas suas razões de Apelação (fls. 72), de que a MATERNIDADE "passou de locatária a comodatária", confirmado pelo eminente Dr. 4.º Sub-Procurador Geral da Justiça (fls. 98).

"O contrato de comodato é um daqueles que menor aplicação tem na vida prática. É êste o motivo da deficiência da jurisprudência de todos os povos modernos em julgados que dêle tratem", declara Carvalho de Mendonça (Cont. no Dir. Civ., 1º vol. 144).

As Ordenações, Liv. 4º, tit. 33, princ., definem: "O comodato he huma concessão gra-

ciosa, que se faz de alguma cousa para certo uso. E diz-se graciosa porque se se fizesse por dinheiro seria aluguel ou arrendamento" (apud C. de Oliveira F.º, Pr. Civ., vol. II, 312). Êsse conceito atravessou os tempos, caracterizado o comodato como a cessão gratuita de uma coisa, para seu uso, com a estipulação de que será devolvida em sua individualidade, após algum tempo (Cód. Civil art.º 1248).

É, pois, a graciosidade, elemento fundamental do contrato, que o diferencia da locação. Enquanto a locação é sempre onerosa, o comodato é sempre gratuito. Se o empréstimo de uso não contiver o sêlo de liberalidade, não será comodato. Do mesmo modo, se ao uso e gozo da coisa não corresponder uma retribuição, não haverá locação. Como ensinam Baudry-Lacantinerie et Barde, em cita colhida em obra de Darcy Bessone, "o contrato de beneficência (a título gratuito) é aquêle em que uma das partes recebe uma vantagem, sem fornecer o correspectivo" (Do Contrato, 104), enunciando Washington de Barros Monteiro que "a gratuidade é elemento essencial ao contrato de comodato. Aliás, como já se frisou anteriormente, a diferença entre êsse contrato e a locação está precisamente no caráter gracioso do primeiro, em contraste com o pagamento de aluguel, imprescindível à caracterização do segundo. Comodato é a cessão sem contraprestação, e um favor prestado pelo comodante ao comodatário; locação é a cessão onerosa, porque à fruição da coisa locada corresponde o pagamento da renda" (Dir. Obrig., 2.º, 227).

Inexiste locação. A benevolente disposição expressa na carta de fls. 21 afeiçoa nìtidamente simples empréstimo, ou, então, refugindo às previsões legais, é contrato inominado, submisso aos princípios gerais observado o princípio da liberdade das convenções. Na verdade, porém, a hipótese é de comodato, "que traz em si a norma de confiança e é regido pelo princípio da boa fé", como se lê no Venerando Acordão recorrido (fls. 103v), sendo-lhe pressuposto a contribuição pessoal da bondosa senhora, em prol de nobre cruzada.

Sendo gratuito, o comodato é, também, contrato de duração, eis que a temporariedade é da sua substância. É condição essencial a convenção — expressa ou implícita — de devolução da coisa, tanto que a lei substantiva, disciplinando-o, firmou normas aplicáveis "se o comodato não tiver prazo convencional" (art. 1250 C. Civ.)

A proprietária concedeu à Embargante dispensa de aluguéis, "perpetuando-se ela enquanto sua Direção corresponder à finalidade para que essa Instituição Assistencial foi instalada e legalizada" (fls. 21). A expressão perpetuando-se tem sentido relativo, condicionada à prestação de bons serviços, conforme os fins sociais da beneficiária. Os dizeres da carta, portanto, indeterminaram o têrmo do prazo de vigência quanto ao uso e gôzo do bem.

Declara Orlando Gomes que "para dissolução de contrato sem prazo estipulado, basta a declaração de vontade das partes" (Cont., 355), mostrando Carvalho Santos que "não oferece a questão tanta facilidade se o objeto de comodato é uma coisa suscetível de utilização indefinida" (C. Civ. Int. XVII 406).

Solidarizando-se com os dirigentes da Campanha de assistencia à mãe pobre alagoinhense, isentando a MATERNIDADE de alugueres futuros, estabeleceu Da. Laurentina Ribeiro Pessoa contrato unilateral, que obrigava ùnicamente à favorecida, não se propondo, dentro das boas normas de interpretação, a manter a gratuidade para todo o sempre, renunciando ao direito de desconstituir, quando lhe conviesse, a relação graciosa e impondo a si própria ônus conflitante com uma das características do empréstimo: a temporariedade. Essa pretensão da Embargante está ao desamparo do direito. Em qualquer hipótese, o dono da coisa poderá reintegrar-se na plenitude dos seus direitos reais, invocando, neste lanço, a palavra de Costa Manso: — "Pode-se estabelecer como certo pois, que, em regra, quando o comodato não tem prazo, nem êste resulta da natureza e da coisa, fica ao arbítrio do proprietário o tempo da restituição". (Casos Julgados 180).

Ante o decurso do tempo, não há cuidar-se, no particular, da necessidade imprevista e urgente. A restrição legal tem a finalidade de impedir abuso da parte do comodante, o que não ocorre, evidentemente. É da petição inicial êste relanço: — "esquecendo-se (a Embargante) ou omitindo intencionalmente que o ato de beneficência fôra revogado expressamente por quem o praticara, pelo mesmo modo como o exercera, isto é, por meio de uma outra carta". O informe não foi contestado.

Ato de favor, temporária mercê, não pode a contemplada opor-se ao dono da coisa, quando exige lha devolva, condicionada substancialmente a benevolência à imediata devolução, como natural decorrência da lei. "Não pode o comodatário, de certo, prolongar indefinidamente o empréstimo, retardando o uso. Neste caso, o empréstimo terminará logo que o comodante necessite da coisa para uso próprio, como sucederia quando houvesse prazo convencional", é o ensinamento de Cunha Gonçalves (Tr. Dir. Civ., 3.º, 248).

Destarte, desapreçadas considerações outras factíveis, assistia ao Embargado, tanto quanto a sua avó, o direito de reclamar judicialmente a entrega do bem, injustamente retido pela Embargante.

* * *

Relevante é o fato de agir o Embargado na qualidade de adquirente do imóvel, ficando em segundo plano, na lide, sua condição de comodante, estudada com o só objetivo de abranger na decisão, os vários aspectos da questão.

Empréstimo é compromisso de ordem pessoal. Não estava a emprestadora obrigada a conservá-lo, na hipótese de alienação, nem ficava o adquirente obrigado a respeitá-lo, salvo se expressamente confirmado na escritura. Havendo recebido o bem na plena propriedade, absolutamente livre e desembaraçado, em doação sem encargo (art. 1.180 do Cód. Civil), nenhum embaraço, legìtimamente, se lhe poderia antepor, relembrado que a doadora comunicara oportunamente à beneficiária a revogação da liberalidade.

A alienação, por si só, como resultante da pessoalidade do ato de beneficência, importa em extinção do comodato. Aliás, é um dos modos de extinguí-lo, de acôrdo com preceitos per-

tinentes, valendo citada a opinião positiva de Aguiar Dias (Rep. Enc. Dir. Br., vol. 10, pág. 26), lendo-se na Revista dos Tribunais que "se o imóvel, posteriormente, é alienado a terceiro, não tem o comodatário direito de retenção contra êste, por isso que o comodato não pode obrigar o comprador, uma vez que isto não ficou estipulado" (vol. 77, pág. 600 e segs.)

* * *

A decisão da primeira instância apontou a ação de despejo como a apropriada ao deslinde da controvérsia. Seu uso, porém, não se justificaria, porquanto é seu pressuposto a relação **ex-locato**. Alguns julgados que a admitiram, resultaram de norma permissiva nas legislações estaduais anteriores à unificação processual, ou, então, da aplicação do preceito contido no artigo 276 do Código de Processo Civil e Comercial, de elevado teor econômico.

Escolheu o Embargado a estrada certa. O artigo 381 do Código de Processo Civil não deixa dúvida ao estatuir que "compete a ação de imissão de posse: I — aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os **alienantes ou terceiros, que os detenham**".

Em cita encontradiça nos estudos sôbre posse, vê-se que Lobão já recomendava a imissão como o meio próprio de se reaver a posse direta do bem dado em comodato, carecendo de importância, ante o preceituado na lei adjetiva, a divergência respeitante ao **interdicto adipiscendae** e à repulsa de Teixeira de Freitas.

É preciso, Jorge Americano, ao dizer "que a imissão de posse também chamada **interdicto adipiscendae possessionis**, não é interdito possessório, não tem por escopo a proteção da posse em si, mas sim, a efetividade do exercício do direito em virtude do próprio título. Daí a sua maior semelhança com o mandado de segurança que com as ações possessórias (ver os comentários nos artigos 319 e 371) e em hipótese do n. 1, com a reivindicatória" (C.P.C. do Brasil, vol. II, 194).

Tornando-se proprietário do imóvel **in questio**, é lícita sua pretensão de investir-se na sua posse, tomando-a de quem a detém em nome do próprio alienante, por simples tolerância, por via da imissão, para que possa exercitar em tôda plenitude seus direitos reais. Não tem a imissão caráter de interdito e já era admitida pelas Ordenações, L.4, tits. 57 e 58. Seu objetivo não é o de resguardar ou readquirir a posse, mas, ùnicamente, o de adquirir a que se tem direito por um título qualquer. Sua posse começará a existir do ato judicial de imissão. A doutrina e a jurisprudência se harmonizam nesse entendimento. Ensina Pontes de Miranda que "a ação se destina contra o alienante ou a terceiro que tenha posse oriunda do alienante". (Com. C.P. Civ., III, tomo I, 339—40). Farta jurisprudência é indicada por Alexandre de Paula, vol. 19, de "O Processo à Luz da Jurisprudência", nesse sentido.

Incorreria em êrro o Embargado se houvesse recorrido à reivindicatória porque, não obstante a semelhança, não teria sido injustamente desapossado, sim injustamente se impedia que tomasse posse.

É verdade que Teixeira de Freitas, ao acomodar ao Fôro do Brasil a Doutrina das Ações de Correia Teles, em nota (fls. 206), escreveu: — "O comodante pode demandar a restituição da coisa emprestada: ou pela ação sumária de que trata Alm. e Sousa Dissert. 12 sôbre a Ord. Liv. 4º 54: ou por ação de fôrça: ou por ação de reivindicação. Escolha-se entre os dois meios últimos, pois que o primeiro não se acha em uso". Negando-se, como ocorre, o comodatário à restituição, pratica esbulho, assistindo ao comodante o direito de reclamar judicialmente contra o ato espoliativo, através do **interdicto recuperandae possessionis**, como opinam os doutos e está em consonância com o pensamento do sábio civilista. Contudo, escolheu o donatário ação mais segura, porquanto submeteu à apreciação do Juiz o seu **jus possidendi**.

"Em síntese: Não há locação. Não há mais comodato. Consequência lógica: José Saturnino Ribeiro Gonçalves, que tem o domínio do imóvel, podia propor a ação de imissão de posse, que é a competente para o caso. E propôs". Essas são palavras conclusivas do Venerando acórdão embargado, ora ratificadas, porque exprimem julgamento justo.

ACORDAM, pois, os componentes das Câmaras Cíveis Reunidas por, maioria de votos, rejeitar os Embargos.

Salvador 14 de Setembro de 1961

Agenor V. Dantas — Presidente
Claudionor Ramos — Relator
Renato Mesquita — Revisor, vencido.

Voto Vencido: Recebia os embargos, para restabelecer a sentença, pelos motivos que aduzi na assentada do julgamento e agora resumo: Não atribuia à carta da primitiva proprietária e locadora (fls. 21) do imóvel ocupado pela Maternidade, dispensando-a de pagar os alugueres vigentes enquanto estivesse cumprindo os seus fins assistenciais, o efeito, que se veiu a declarar, de haver transformado automàticamente a locação existente num comodato. Tão pouco concordava com a pretensão do embargante concernente à instituição de um direito real de uso. O contrato de empréstimo, como qualquer outro, há de resultar sempre do consenso, vale dizer do acôrdo de vontades. Nada nos autoriza, nos autos, a concluir hajam as partes ajustado, em qualquer tempo, negócio dessa natureza. A prova está na divergência surgida entre elas.

Reconheço não ser fácil configurar jurìdicamente a situação decorrente daquele documento e da conduta a que o mesmo deu lugar.

Não bastava a meu ver, a circunstância de se dispensar o pagamento dos alugueres, como uma contribuição da locadora à obra de assistência da mãe pobre alagoinhense, para que surgisse uma nova figura contratual que nunca estêve na intenção das partes e que, pelo menos para uma delas, precisamente a mais interessada em ter assegurado o uso do prédio, sem vexames, nem gravames, seria evidentemente prejudicial, pela sua precariedade.

Não se deverá esquecer na interpretação não apenas do ato jurídico, mas da conduta in-

tersubjetiva nêle configurada, o salutar princípio consagrado pelo artigo 85 do nosso Código Civil. Daí porque me pareceu mais razoável, senão mais equidoso, considerar, como o fêz a sentença, que a locação jamais fôra desfeita, isto mesmo se depreendendo da intermediação do donatário (fls. 7) e da revogação da gratuidade pela antiga proprietária também referida pela embargada. Não me impressionou o argumento de que, para tal restabelecimento, faltava o acôrdo de vontades, porque êsse também inexistiu de referência ao comodato. Num caso, como no outro, cabia à justiça ante os fatos e apesar dos equívocos em que houvessem, porventura, incorrido as partes, definir-lhes a natureza das relações jurídicas, determinantes dos direitos e deveres recíprocos.

Reconhecendo, portanto, subsistir a locação (Lei n. 1.300, art. 14) e por não considerar que a liberalidade da locadora fôsse uma mera burla, não tenho a Maternidade N. S. de Fátima como esbulhadora, embora a sujeitasse ao pagamento dos alugueres exigidos.

Júlio Virgínio de Santana *
Virgílio Melo
Virgílio Melo *
Geminiano Conceição
Wilton de Oliveira e Sousa
Adhemar Raimundo * — Vencido nos têrmos do voto do Des. Renato Mesquita.
J. M. Viana de Castro *
Arnaldo de A. Alcântara *
Evandro Andrade *
Adolfo Leitão Guerra
Fui presente: Alberto da Cunha Velloso.

* Juízes convocados.

FIANÇA. — FALTA DE ASSINATURA DAS DUAS TESTEMUNHAS INSTRUMENTÁRIAS. — IRREGULARIDADE QUE NÃO LHE ACARRETA NULIDADE

Embora o artigo 135 do Código Civil exija a assinatura de duas testemunhas nos contratos particulares, a doutrina e a jurisprudência dos nossos Tribunais têm admitido que tal exigência não constitui formalidade substancial do ato, podendo, em caso de omissão, ser suprida por prova legal posterior.

Emb. n. 2.905 — Relator: DES. ARIVALDO OLIVEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados, expostos e discutidos êstes autos de embargos cíveis n. 2905, da Capital, em que é embargante, Otto da Silva Filhos & Cia. Limitada, e embargado, Everaldo Mendes Araújo.

Acordam, em Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, integrando neste o relatório de fls. e contra os votos dos Exmos. Srs. Dess. Mirabeau Cotias e Adhemar Raymundo da Silva, negar provimento aos embargos, mantendo, destarte, por seus jurídicos fundamentos, o venerando acórdão recorrido.

Custas pelo embargante.

— Trata-se de um contrato de fiança a que faltam as assinaturas das duas testemunhas instrumentárias. Enquanto o voto vencedor considera esta circunstância u'a mera irregularidade do instrumento, suprível por prova posterior, o venerando voto vencido, entendendo-a como formalidade substancial para a validade da convenção, concluí por declarar, de ofício, a sua nulidade, resumindo-se, exclusivamente nisto a divergência do julgado, já que, quanto ao mérito pròpriamente dito da controvérsia em que as partes se debateram, o voto vencido silenciou. — A maioria das Câmaras Reunidas, entretanto, deu pela prevalência do julgado embargado por entender que, embora o artigo 135 do Código Civil exija a assinatura de duas testemunhas nos contratos particulares tal exigência não constitui solenidade substancial do ato, podendo ser suprida por prova legal posterior.

— Em verdade, esta orientação que está fartamente elucidada no corpo do acórdão recorrido vem sendo ùltimamente adotada, não só pela doutrina, como pela jurisprudência dos nossos Tribunais: "Da circunstância de declarar o artigo 135 do Código Civil que o instrumento particular, subscrito por duas testemunhas prova as obrigações contratuais de qualquer valor, não se segue que nulo seja o contrato quando tal subscrição lhe faltar: os artigos 129, 136 e o parágrafo único do próprio artigo 135 repelem essa conclusão. O Cód. Civil mostra-se, a êsse respeito, bastante enredado e deficiente. A tendência do direito moderno é, porém, no sentido de dispensar o concurso de testemunhas instrumentárias, quer como complemento à fé pública dos tabeliães, quer em relação aos simples documentos particulares". (Ac. do Trib. de São Paulo, "in" Rev. dos Trib., vol. 112, p. 6443).

— "Não é nula a obrigação convencional feita por instrumento particular quando faltar a êste a subscrição de duas testemunhas". (Ac. do Trib. de S. Paulo, "in" Rev. dos Trib., vol. 125, p. 565).

Também a doutrina não é infensa a êste entender.

— Com efeito, o emérito Carvalho Santos, em substancioso trabalho publicado no Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, estudando os contratos particulares, depois de referir-se às solenidades exigidas pelo artigo 135 do Cód. Civil, pergunta: acarretará a nulidade do documento qualquer omissão das formalidades exigidas? E logo a seguir, passa a responder: "A omissão dessas formalidades, sòmente obsta que o documento faça, por si próprio, prova completa da obrigação. **Mas não lhe acarreta a nulidade.** Em tal hipótese, êle valerá como começo de prova por escrito". (Vol. XX, p. 316). Nosso, o grifo. — E continua o grande jurista pátrio, dando a entender que o escrito particular só não terá valor quando lhe faltarem as assinaturas das testemunhas, nos casos em que o devedor alegue a falsidade da própria assinatura, hipótese esta bem diversa da que ora focalizamos. — Ora, se, como visto, a assinatura das testemunhas não é formalidade essencial à validade das convenções particulares, a sua falta, **data venia** do voto vencido, não constitui nulidade **"pleno jure"** do ato; e não constituindo nulidade substancial, não deverá ser conhecida de ofício pelo julgador. No particular, aliás, os autos são muito claros, pois nenhum elemento nêles se encontra de haver a firma embargante argüido tal nulidade. Pelo contrário, o que se vislumbra do processo é que as partes discuti-

ram, apenas, a responsabilidade, ou não, da recorrente, quanto aos compromissos que, em seu nome, e contra expressa determinação do seu estatuto ou contrato social, havia assumido um dos seus sócios representantes, ou seja, justamente, aquêle que lhe empresta o nome.

Também quanto a isto, não merece reparos o acórdão inquinado, uma vez que negar não se pode que a referida fiança foi assinada em nome da firma por um sócio que tinha podêres para representá-la. Evidentemente, no caso pouco importa que êsse sócio soubesse que dentro do contrato social não poderia fazê-lo, pois o compromisso que assinou em nome da emprêsa, legalmente transformou-se em lei entre as partes. Além disso, não é justo nem honesto que tendo êle assinado em nome da firma um compromisso desta natureza, venha, êle mesmo, tempos depois, a Juízo, declarar sem mais nem menos, ainda em nome da firma que a sua assinatura não prestava, e que o seu próprio ato não tinha nenhum valor.

Êstes, os motivos pelos quais a maioria negou provimento ao recurso, para confirmar a decisão embargada em todos os seus têrmos e fundamentos. Mesmo porque, como se sabe, na nossa sistemática atual a ninguém é lícito beneficiar-se com a própria malícia, como no caso pretendia fazer a embargante.

Salvador, 7 de julho de 1961

Simas Saraiva — Presidente

Arivaldo A. de Oliveira * — Relator.

Virgílio Melo * — Revisor.

Renato Mesquita

Geminiano Conceição

W. Oliveira e Sousa

Adhemar Raymundo * — Vencido, nos têrmos do judicioso voto exarado às fls. 83v/84.

A. Mirabeau Cotias — vencido, nos têrmos do voto de fls. 83v e 84, que mantenho, uma vez que às razões invocadas no respeitável acórdão de fls. 98 falta a indispensável fôrça de convencimento. A douta maioria, ali, apenas se escudou em simples precedentes jurisprudenciais, pretendendo, com êles, infirmar a letra expressa e o espírito da lei, quando exige, para prova das obrigações de qualquer espécie, dentro no teto estabelecido pelo artigo 141 do Cód. Civil, a formalidade de ser o respectivo instrumento subscrito por duas testemunhas. No particular, entendendo frontalmente violadas, pelo contrato de fls. 4, as normas dos arts. 135 e 145, IV, do mesmo Código, ainda continuo a pensar, com o saudoso Magarinos Torres, que não há doutrinas, por mais autorizadas, nem jurisprudências, por mais reiteradas, que consigam subverter indefinidamente a autoridade da lei.

Evandro Andrade *
Adolfo Leitão Guerra.

---

* Juízes convocados.

1.ª Câmara Cível

PROPRIEDADE — INTERÊSSE SOCIAL RELEVANTE — TAPUMES RURAIS — O uso da propriedade deve ser condicionado ao bem estar social. O interêsse social, que deve ser considerado na aplicação da Lei, desaconselha o levantamento de tapumes para animais de pequeno porte, em zona tradicionalmente de criatório em campo aberto, num verdadeiro compáscuo, cujo desfazimento iria acarretar prejuizos inestimáveis a tôda uma população que tem na criação do bode o sustentáculo básico da sua economia.

Ap. n. 3427 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de Ipirá, n. 3.427, apelantes MACÁRIO NÁZARO TEIXEIRA e outros, apelados CECÍLIO CARNEIRO DE SOUZA e sua mulher.

ACORDAM, por maioria de votos, os Juízes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, adotado o relatório de fls. 306 v./308, dar provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

Custas pelos vencidos.

1 — Cuidam os autos de ação cominatória visando ao levantamento de tapumes divisórios para animais de pequeno porte.

Em casos comuns, a matéria é disciplinada pelo § 3.º do art. 588 do Código Civil, isto é, a obrigação de cercar cabe exclusivamente aos proprietários e detentores de animais de pequeno porte, como bem esclarecem os pareceres de fls. 22 e 29.

Na hipótese dos autos, entretanto, o assunto não se reveste dêsse caráter simplista.

Com efeito, a fazenda "Laranjeira", de propriedade dos autores, acha-se situada em Ipirá, município cuja fôrça econômica repousa na criação de gado caprino e ovino e consequente comércio de peles (cfr. publicação do IBGE — fl. 102v. — e relatório do fiscal de rendas do Estado — fl. 120).

Devido mesmo à sua geografia física, acha-se o município, para fins de criação, desde tempos imemoriais, dividido em duas zonas distintas: a da mata ou lavoura, onde se "cria prêso" e a da catinga, onde se "cria sôlto" ou em aberto.

As terras dos autores estão situadas exatamente na parte da catinga, própria para a criação de caprinos e ovinos, animais de pequeno porte.

Entre as propriedades situadas na zona de catinga sempre existiu um compáscuo. O próprio autor, em seu depoimento pessoal, reconhece que a área de sua propriedade cujo cercamento dá origem à presente ação "é destinada tradicionalmente ao criatório de pequeno porte em campo aberto" (fls. 167v./168), o que é confirmado pelos depoimentos de fls. 187 e v., 192 v., 193 v. a 195 e 197 v.

Ora, a posse dêsse compáscuo, durante tantos anos, legitimou-o por usucapião (arts. 646, combinado com o art. 698 do Código Civil).

De sorte que o desfazimento do compáscuo, com o levantamento do tapume, iria acarretar a extinção do criatório do gado de pequeno porte, com enorme prejuízo para a população. A matéria vem causando enorme repercussão, uma vez que o município de Ipirá, localizado no polígono das sêcas, tem na criação do bode o sustentáculo básico da sua economia (v. fls. 110, 113, 115, 116, 118, 119 e 121).

2 — Há, portanto, um relevante interêsse social que deve ser considerado na aplicação da lei (art. 5.º da Lei de Introdução do Código Civil).

Como visto, o deferimento da pretensão dos autores seria contrário aos interêsses de tôda uma população, que tem na criação em aberto a base da sua economia. Admití-lo seria ir de encontro ao art. 147 da Constituição Federal, que determina que "o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social".

Como bem salientou o Des. MÁRIO MOACIR PÔRTO, "enquanto o legislador não afinar o Código Civil pelo diapasão da vigente realidade social e econômica do país, incumbe a nós, juízes — pois esta é tarefa essencial do Juiz — extrair das fórmulas anacrônicas do nosso positivismo jurídico soluções que se ajustem aos reclamos do vigente estado de coisas" (REV. FORENSE, vol. 191, pág. 56).

Com efeito, na aplicação da lei não deve o juiz perder de vista os fatos econômicos. Deve dar à lei um sentido construtivo, benéfico e estável, repelindo soluções destrutivas dos elementos orgânicos da sociedade ou incompatíveis com a vida.

Salvador, Bahia, 9 de dezembro de 1958.
Vieira Lima — Presidente.
Santos Cruz — Relator.
Mirabeau Cotias — Revisor.

VOTO VENCIDO

Des. ADERBAL GONÇALVES — Negamos provimento ao recurso interposto. E o fizemos, porque consideramos, de um lado, inteiramente impertinente as alegações firmadas na Legislação Municipal, *ex-vi* do disposto no art 5.º, n. XV, alínea *a* da vigente Constituição Federal.

Não aproveita aos Apelantes a invocação de posturas municipais, ou quaisquer outras leis da mesma origem, que visem regulamentar o direito de vizinhança, face ao dispositivo constitucional citado, vez que interessando diretamente o direito de propriedade, no aspeto de restrição ao seu exercício, como são hoje encarados os direitos de vizinhança, redundaria na possibilidade de legislarem os Municípios sôbre Direito Civil, o que lhes é, absolutamente, defeso.

Ora, ninguém negará que o direito de tapagem encerra relações que são, positivamente, de âmbito civil, e, portanto, sòmente pela União podem ser reguladas.

Por outro lado, não vislumbramos, como o Venerando Acórdão, razões de ordem social com fôrça de modificar a aplicação da regra contida no § 3.º, do art. 588 do Código Civil, na presente hipótese.

O nosso tirocínio pelas Comarcas do interior do Estado, inclusive "Itaberaba", situada na mesma zona em que se encontra a de "Ipirá", forum da ação intentada pelos Apelados, longe, muito longe da maciez acomodatícia dos asfaltos, e do conhecimento, apenas por ouvir dizer dos problemas cruciantes, que angustiam o polígono das sêcas, nos autoriza afirmar que, mesmo na região do Nordeste da Bahia, muito mais assolada pela sêca e muito mais adentrada no respectivo e maldito polígono, encontramos zonas rurais exclusivamente destinadas ao criatório de gado miúdo, lanígero e ovino, como na atual Comarca de "Cícero Dantas", mas onde se encontram trechos de terra inteiramente cercados e aplicados à plantações de cereais e que a sabedoria popular, com multa propriedade, pela semelhança fisionômica, batizou com a denominação de "JAPÃO".

São terras de primeira classe, chamadas "massapé de catinga" e, por isso mesmo, aproveitadas, na sua maioria, na agricultura, sem que isso, entretanto, desnature a finalidade daquela zona, tôda ela dedicada ao criatório do gado miúdo.

É a impressão idêntica que nos deixa a leitura dos presentes autos.

Como, pois, eximirem-se os Apelantes da obrigação de cercar, se o seu vizinho além do criatório e alguns outros, na mesma zona, entregam-se aos labores da agricultura?

Onde a interpretação sócio-econômica, preconizada no Venerando Acórdão, do dispositivo da Lei Civil, que lhes obriga a feitura de tais cercas, quando, ao contrário, na batalha pela maior produção dos gêneros de primeira necessidade, como fator decisivo no barateamento do custo de vida, o interêsse maior a merecer proteção será o da agricultura?

Alega o Venerando Acórdão a existência de um compáscuo nessas terras, cuja posse, por todos os proprietários da referida zona agro-pastoril, por ser longeva, já lhe teria gerado o usucapião por fôrça da aplicação dos arts. 646, combinado com o 698 do Código Civil.

Entretanto, nenhuma prova existe de que tal compascuo se tenha estabelecido em prédios particulares, como exige o citado art. 646, para que fique submetido às regras da servidão.

Assim, a presunção que milita é a de ter êle se constituído em terrenos públicos, como, aliás, é comum em todo o nordeste da Bahia.

Ora, se constituído em terrenos públicos, não aproveita o argumento do Venerando Acórdão, pela razão muito simples de, sendo um bem dominial público, não correr contra o mesmo a prescrição aquisitiva, face ao Decreto n. 22.785, de 31-V-933.

CONTRATO: DENÚNCIA. RESILIÇÃO. ATO ILÍCITO: RESSARCIBILIDADE INADMISSÍVEL NA AUSÊNCIA DE PREJUIZO. Ação executiva por dívida mercantil garantida com hipoteca. Denúncia e resilição de contrato por tempo indeterminado, a qualquer momento e pela vontade exclusiva de uma das partes. Interpretação de cláusula contratual em que se estipulou a consignação de produtos do imóvel hipotecado, para venda, em comissão, e aplicação do respectivo preço no pagamento das prestações vencidas. Substituição do objeto da consignação, com pretenso efeito de ação em pagamento ou de compensação da dívida executada. A exceção de inadimplemento de contrato, em face de obrigações unilaterais de natureza e objetivos diferentes. Iressarcibilidade de ato ilícito por culpa contratual, de que não resultou dano material.

No sistema do nosso direito positivo, os contratos por tempo indeterminado podem ser denunciados e rescindidos a qualquer momento e pela manifestação exclusiva da vontade de uma das partes, não cabendo ao devedor, nas obrigações unilaterais de mútuo, o direito de invocar a EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS, máxime quando, sôbre tratar-se de contrato de natureza e finalidades diversas, também não cuidou o excipiente, em tempo oportuno e pelo meio regular, de constituir o outro contratante em mora.

O reconhecimento expresso ou tácito da vigência de um contrato de comissão mercantil entre as partes litigantes é absolutamente incompatível com o de ter sido a mercadoria simbòlicamente entregue em pagamento ou em compensação do débito do comitente, pois ambas essas formas de extinção das obrigações, além dos requisitos legais a que estão subordinadas ainda pressupõem a existência de ato posterior ao do vínculo a ser extinto e no qual fique postivado, de maneira clara e precisa, o consentimento do credor em receber a coisa por dinheiro, ou em compensar o seu crédito com o devedor.

Sendo perfeitamente admissíveis, na teoria geral do ato ilícito, tanto a responsabilidade sem culpa quanto a culpa sem responsabilidade, é irrecusável a conclusão de que não são ressarcíveis os atos resultantes de culpa contratual e que não tenham causado prejuízos patrimoniais ao outro contratante, principalmente se êles decorreram da negligência superveniente do prejudicado, capaz, por si só, de produzir o resultado danoso.

Ap. n. 5136 — Relator: Des. A. MIRABEAU COTIAS

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da Capital sob n. 5.136, em que é apelante o Instituto Central de Fomento Eco-

nômico da Bahia e apelada a Usina Pitanga S/A:

Acorda a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade e tendo em vista o relatório de fls. 1.028, que integra esta decisão, em dar provimento à apelação, para reformar a sentença apelada e julgar procedente a ação e subsistente a penhora. Em verdade, a presente ação foi proposta pelo apelante, pedindo o pagamento da importância de Cr$ 1.579.022,00, saldo devedor da ré-apelada até 30-4-947, além de juros de 8,5% ao ano, comissão de administração de 1/2% ao ano, despesas judiciais, à base de 10% sôbre o montante da dívida, e custas. Mas, em que pese o lamentável tumulto que dominou o processamento dêste feito, verifica-se que todo o debate nêle travado, especialmente em face das cartas de fls. 183 e 197, se traduz num ingente esfôrço de interpretação da cláusula IV do contrato de mútuo ou empréstimo mercantil de fls. 13/8. A preocupação do A., ora apelante, se concentra na demonstração de que as referidas missivas nenhuma alteração fizeram àquela cláusula que, não cumprida pela devedora, mediante a entrega, em consignação, das 4.000 sacas de açúcar ali mencionadas deu causa ao vencimento da dívida ensejando a sua execução judicial. De sua vez, a ré, ora apelada, põe todo o seu empenho em convencer de que as aludidas cartas concretizam um ajuste perfeito e acabado de substituição do objeto do contrato de comissão mercantil estipulado na referida cláusula, isto é, as ditas sacas de açúcar foram substituidas por certa quantidade de mel a ser vendida pelo A., nas mesmas condições daquele outro produto canavieiro, sendo que a entrega simbólica do mel valeu dação em pagamento da prestação vencida ou a sua compensação com o crédito do exeqüente.

Êsse resumo é uma fiel interpretação do pensamento das partes, notadamente do da ré, se não perdermos de vista a circunstância de ter, no item 29.º da sua contestação, pedido a condenação do A. nas penas do art. 1.531 do Cód. Civil, tendo ainda, nas contrarrazões de apelação (fls. 1.015), invocado, em seu prol, a regra do art. 762, última parte, do mesmo Código, expresso na determinação de que "o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor (hipotecário) ao seu direito de execução imediata".

Assentado êsse ponto de partida, indispensável ao bom entendimento dos vários aspectos da causa, e que torna supérflua a apreciação da preliminar de inadmissibilidade da defesa reconvencional, suscitada no substancioso parecer de fls. 1.036 (art. 1.010, II e III, do C.P.C.), sente-se que a apontada cláusula IV, confrontada com a IX, parte final, e ambas apreciadas em cotejo com os arts. 131, I, do Cód. Comercial e 8.º e parágrafo único da Lei n. 492, de 30-8-937, não passa, em síntese, de uma típica e inequívoca convenção de penhor agrícola, para garantia especial e mais ampla do pagamento das prestações vencidas. Entretanto, deixando de parte a discussão de um assunto irrelevante e que se revestiu, aqui, de feição acentuada o estreitamente teórica, é preferível, por amor à brevidade e em atendimento rigoroso e até literal ao princípio do art. 131, n. 5, do citado código, resolver a dúvida a favor do devedor, nesse particular da interpretação da falada cláusula IV do contrato de fls. 13. Fazendo-o, porém, fôrça é se ponham logo em destaque certas e importantíssimas particularidades do caso concreto, tôdas elas visivelmente emergentes das bastas provas dos autos: 1.ª — que a ação foi proposta em 12-5-947, data do despacho exarado na inicial; 2.ª — que já a 27 de março dêsse ano, isto é, com quase dois meses de antecedência, o A. notificara judicialmente a ré, na pessoa do sócio-gerente Heron de Oliveira, de que não aceitava o mandato para a venda, em comissão, do mel pertencente à mesma (fls. 606/7); 3.ª — que na vistoria procedida nesse mel em data de 11 de novembro de 1948, isto é, quase dois anos depois da propositura desta ação, o referido produto ainda se encontrava em perfeito estado de conservação, sendo, nesse ponto, unânime o laudo pericial de fls. 380/3; e 4.ª — que o suposto comprador, ou realmente interessado na compra do mel — Antônio Bacelar Dias — em carta dirigida à ré e datada de 31 de dezembro de 1949, isto é, de quase três anos depois de ajuizada esta ação, renovou-lhe a proposta de compra do dito mel e pelo mesmo preço de Cr$ 1.700,00 por pipa, sendo de salientar-se que essa carta, constante de fls. 720 dos autos e significativamente confirmada pelo seu signatário no depoimento de fls. 870, foi apresentada em juízo e incorporada ao processo pela própria apelada.

Do conjunto dessas evidências, e tendo-se as cartas de fls. 183 e 197 na conta de provas irrefutáveis da celebração, entre as partes, de um contrato perfeito e acabado de comissão mercantil, para venda, pelo apelante, do mel pertencente à apelada e oferecido em substituição às 4.000 sacas de açúcar da multifalada cláusula IV, não há a mínima dúvida de que, sendo tal ajuste denunciável e rescindível a qualquer tempo e pela simples manifestação de vontade de um dos contratantes, nos têrmos claros e inconfundíveis dos arts. 157, II, e 190 do Cód. Comercial, nada impedia que o apelante o denunciasse regularmente, como o fêz através da notificação judicial de fls. 606/7, e à guisa de medida preparatória desta ação ou de ressalva do seu direito de propô-la (art. 720 do C.P.C.).

Da mesma forma e por idênticas razões, a partir da data dessa notificação a emprêsa apelada, a seu turno, ficou inteiramente livre para vender diretamente o seu mel a quem bem entendesse e pelo preço que mais lhe conviesse, responsabilizando, então, o apelante pelos prejuízos resultantes da demora na realização do negócio que lhe fôra encarregado. Aliás, no rigor do sistema da nossa lei comercial, a apelada jamais esteve tolhida de qualquer iniciativa dessa venda, inclusive para revogar o contrato celebrado com o exeqüente, uma vez que isso é um dos princípios elementares do nosso direito mercantil, contido no n. I do citado art. 157. E outra não foi a razão por que o nosso mais autorizado comercialista emitiu a opinião de que ao comitente é lícito, na vigência do contrato e ainda no curso de qual-

quer operação dêle decorrente, alterar, modificar, substituir e até revogar as ordens e instruções anteriormente ministradas ao comissário, mostrando, assim, o ilimitado e incontrolável poder de ação do comitente, para resguardo dos seus direitos e interêsses (Carvalho de Mendonça, Tratado, 5.ª ed., vol. VI, 2.ª parte, pág. 295).

No âmbito do direito civil, diferente não é o pensamento dos seus destacados tratadistas, sustentando que a denúncia não precisa ser justificada e é meio lícito de pôr têrmo aos contratos por tempo indeterminado, em qualquer momento e pela simples declaração unilateral de vontade (Orlando Gomes, Contratos, p. 222).

Não há, portanto, como se possa entender que o apelante, ao ajuizar esta ação, ainda estivesse contratualmente vinculado à ré pela cláusula IV, modificada ou retificada pelas cartas de fls. 183 e 197. Muito menos, ainda, por efeito de ato ilícito, se evidente e incontestável é a falsidade da alegação de prejuízo pela não realização da venda do mel, eis que em dezembro de 1949, mais de dois anos depois de haver o apelante renunciado ou demitido de si, na expressão da própria lei comercial, o encargo de comissário para a venda daquele produto, o seu suposto comprador — Antônio Bacelar Dias — que o examinara pessoalmente (fls. 870 v.), reiterava a sua proposta de compra e pelo mesm preço anteriormente oferecido, conforme se vê da carta de fls. 720, plenamente reafirmada no depoimento de fls. 870/1. Isto demonstra, à saciedade, que, então, se a apelada tivesse aceito essa proposta, a venda estaria realizada em caráter defitinivo e irrevogável, na conformidade do disposto no art. 191 do Cód. Comercial, e, não podendo o proponente deixar de pagar-lhe o preço oferecido, segue-se que a culpa do apelante, por mais grosseira e injustificável, nenhuma influência exerceu na causação dos prejuízos que ela, a despeito das regras explícitas dos arts. 439 do Cód. Comercial e 1.010 do Cód. Civil, pretende compensar com o crédito daquele.

Por outro lado, ainda se evidencia que a ré, nas contrarrazões de fls. 1.015, dizendo a sua última palavra sôbre os têrmos da demanda, reitera a pretensão manifestada no *item* 29.º da sua defesa, relativamente à equiparação da entrega simbólica do mel à dação em pagamento da prestação vencida, havendo, assim, por aplicação da norma do art. 762, III, última parte, do Cód. Civil, renúncia do apelante à execução imediata da mesma. Mas, do mesmo passo, observa-se que a apelada, nas contrarrazões de fls. 1.015, depois de repisar a alegação de que a consignação simbólica do mel valeu dação em pagamento, com renúncia do A. à execução imediata da prestação vencida, nos têrmos do art. 762, III, última parte, do Cód. Civil, também se apega a um argumento da sentença apelada, no trecho em que se sustenta a tese de não ser despropositada "a invocação da exceção *non adimpleti contractus*, com que se forraria a ré mutuária, comitente e devedora hipotecária ao implemento da obrigação *ab initio* assumida, se remisso se mostrou seu comparte, o Autor exeqüente, quanto à sua" (fls. 1.003 e 1.024).

Como bem se vê dessa transcrição, é a decisão recorrida, com o vivo aplauso da apelada, que a considera e define como *comitente*, em relação ao A., o que bastaria, por si só, para estabelecer, entre a consignação do mel e a sua *datio in soluto*, uma inconfundível e notória incompatibilidade de conceituação legal, afastando, ao mesmo tempo, a aplicação da regra do art. 762 citado, só admissível se dito mel tivesse sido, realmente, entregue ao apelante em pagamento da prestação vencida, e não em consignação para, com o produto da sua venda, cobrar-se do montante daquela prestação. Mesmo porque, quando a reputa *consignante* do mel ao apelante, o seu ilustrado prolator não o faz com base nas provas dos autos, mas apenas *secundum conscientiam*, não só porque ela jamais transferiu a posse do mel àquele (art. 197 do Cód. Comercial), mas também porque os têrmos da carta de fls. 197 não abonam, quer a suposição de ter havido a celebração de um contrato de comissão entre as partes litigantes, para o fim especial da venda do referido produto e aplicação do respectivo preço no pagamento da prestação vencida, quer a presunção de que se estipulou um pacto de retificação da cláusula IV, quanto ao objeto da consignação. Na verdade, o que o A. fêz nessa carta, datada de 12-10-945, isto é, de quase dois anos antes da propositura desta ação, foi tão sòmente repelir a imputação da sua responsabilidade pela não realização da venda do mel, afirmando que dela só cuidara com o intuito de ajudar a ré "nas dificuldades alegadas, de sorte a ser possível a regularização do seu débito em atraso"... "muito embora não fôsse essa a condição expressa no contrato", e profligando as atitudes daquela, useira e vezeira na prática de ações protelatórias, sem nunca tratar de pagar a sua dívida.

De maneira que o texto dessa carta, bem ao contrário do que dêle se pretende inferir, além de constituir um desmentido formal à proclamada existência de um contrato de comissão mercantil modificativo da cláusula IV e para substituição do seu objeto, também só por desmarcado absurdo poderá caber na classificação de um ajuste de dação em pagamento ou de composição de débitos e créditos recíprocos, efeitos êsses cujo reconhecimento atentaria frontalmente contra expressos mandamentos legais, inclusive por não se tratar, quanto à ré, de uma dívida líquida e certa, já vencida e da mesma natureza da do A., nem haver sido, além disso, determinado o preço do mel pelas partes (arts. 439 do Cód. Comercial; e 996 e 1.010 do Cód. Civil). Isto, sem falar na circunstância relevante de que, sendo um dos elementos integrantes e essenciais da *datio in soluto*, como de todo e qualquer outro contrato, a manifestação da vontade, o livre e inequívoco consentimento do credor em receber a coisa por dinheiro (Carvalho de Mendonça, op. cit., vol. 6.º, 1.ª parte, p. 424; e art. 995 do Cód. Civil), absolutamente impossível também será interpretar-se aquela missiva, a que a apelada atribui essa intenção, como uma declaração positiva de que o A. receberia simbòlicamente o mel em pagamento ou em compensação da prestação vencida, e não com o simples e expresso pro-

pósito de tentar ajudá-la na sua venda, facilitando-lhe "a regularização do seu débito em atraso". A êsse respeito, a opinião de Pontes de Miranda é muito elucidativa, mostrando que "é preciso que o credor receba a coisa em lugar do que havia de ser prestado. O fato de a receber, porque lhe foi enviada, não basta para que se pense em dação em soluto. Não houve o *consensus*" (Trat. de Dir. Privado, 2.ª ed., v. 25, p. 7).

Sôbre o assunto, ainda é de se levar em linha de conta que o inadimplemento do contrato de comissão mercantil, por parte do comissário, para produzir a liberação do comitente no de mútuo, tal como quer a apelada, absurda e errôneamente, situar a questão, estaria sujeito no parecer de todos os tratadistas da matéria, à verificação de três requisitos essenciais: 1.º — o vencimento da obrigação que, na hipótese em exame, sendo de fazer, mas sem prazo determinado, só se concretizaria com a constituição do A. em mora, por meio da exigência judicial do seu cumprimento, expressamente estabelecida nos arts. 138 do Cód. Comercial e 960, 2.ª parte, do Cód. Civil; 2.º — prova de culpa do devedor; e 3.º — inviabilidade do tardio cumprimento da obrigação (Carvalho de Mendonça, op. loc. cits., p. 337); Orlando Gomes, Obrigações, p. 185; e art. 881 do Cód. Civil).

E' irrecusável, diante dessas opiniões e da letra da lei, a certeza de que, no caso concreto, mesmo ocorresse o pressuposto do prazo determinado, ainda assim, tratando-se de um contrato mercantil, o seu inadimplemento da parte do comissário, que se equipara à mora do devedor (Agostinho Alvim, Inexecução das Obrigações, 2.ª ed., p. 19), só se configuraria com a referida exigência judicial, de que não há a mais leve prova nos autos. Essa é a clara determinação do citado art. 138 do Cód. Comercial, que não acolhe, diferentemente do que se dá com a lei civil, a velha regra do direito romano — *dies interpelat pro homine*. Na esfera do nosso direito comercial, ela não tem, realmente, nenhuma fôrça operante, vez que se adotou um outro e oposto sistema de constituição do devedor em mora, dependente de prévia interpelação ou notificação judicial para que cumpra a obrigação assumida, sob pena de, não o fazendo no prazo assinado pelo credor, responder por perdas e danos. Nesse particular, também é de frisar-se que a tendência mais acentuada da doutrina e da jurisprudência, principalmente depois do advento do Cód. Proc. Civil, é no sentido de que, na obrigação de fazer, seja ela civil ou comercial, o inadimplemento do obrigado principal só poderá ser apurado e reconhecido pela via ordinária, para oportuna e regular execução da prestação ou das equivalentes perdas e danos. Tal é o magistério de uma das nossas mais altas autoridades em direito obrigacional — Orosimbo Nonato — a propósito da regra do art. 881 do Cód. Civil, sustentando a tese de que, não sendo a obrigação personalíssima, o credor deverá requerer ao juiz que a faça cumprir por outrem e à custa do devedor e, se isso não fôr mais possível, cabe-lhe reclamar perdas e danos. E salienta mesmo que, no nosso direito, venceu a opinião contrária à de M. I. Carvalho de Mendonça, não se admitindo que o particular faça justiça por si mesmo, por suas próprias mãos, rendendo ensejos a excessos e abusos (Curso de Obrigações, v. I, ps. 304/5). Êsse entendimento, aliás, é o mais consentâneo com a tradição do nosso direito, desde as suas fontes romanas, se atendermos a que é o próprio Carvalho de Mendonça quem assevera que a execução do contrato é só o que está na obrigação, sendo a sua resolução em perdas e danos u'a mera faculdade que a lei atribui ao credor (Doutr. e Prática das Obrigações, 4.ª ed., v. II, p. 327).

Mas, admitimos que o A., por não haver vendido o mel da apelada até a data em que, pela notificação de fls. 606/7, denunciou e rescindiu o contrato de comissão celebrado com ela — o que ocorreu a 27-3-947 — tenha, realmente e pelo simples fato dessa omissão ou negligência, se constituído em mora com a mesma. A falta, porém, resultou inócua e sem nenhuma consequência danosa, visto que, se o dito mel, em 11-11-948 isto é, quase dois anos depois da denunciação daquele contrato, se achava ainda na posse da apelada e em perfeito estado de conservação, constatado na perícia de fls. 380/3 e reafirmado nos depoimentos de fls. 833, 835 e 870, é óbvio e intuitivo que a culpa do A. não poderá gerar um direito de indenização a um prejuízo imaginário e inexistente. Tanto mais quando é certo e indiscutível que se a apelada não efetuou, diretamente ou por intermédio de outrem, a venda do seu mel, foi tão sòmente porque não o quis, já que não lhe faltou oportunidade para isso, segundo atesta a carta de fls. 720 e os já apontados depoimentos, em especial, o de fls. 870. E se nada a impedia de fazê-lo, como se evidenciou através da lição de Carvalho de Mendonça (J. X.), não há como se possa e queira, agora, carregar ao A. a responsabilidade da inércia e da desídia da apelada no trato dos seus próprios interêsses. São pontos frios do nosso direito positivo, pela voz unânime dos seus expositores, não só o de que, nos contratos por tempo indeterminado, poderá qualquer das partes, a todo momento, denunciá-los e rescindí-los, mas também o de que o comitente, haja ou não estipulação de prazo de duração do ajuste, está sempre a cavaleiro de circunstâncias eventuais de prejuízo, nenhuma influência podendo exercer sôbre a sua vontade os negócios ou operações menos favoráveis propostas ou efetuadas pelo comissário, inclusive porque não é responsável perante os terceiros com os quais êste transaciona, não podendo, porisso mesmo, ser acionado para cumprimento de prestação que lhe pareça prejudicial aos próprios interêsses (A. Carvalho Neto, Contrato de Mediação, p. 183; e art. 166 do Cód. Comercial).

À vista da carta de fls. 720, dos depoimentos de fls. 833, 835 e 870, assim como da letra clara do art. 191 do Cód. Comercial, fôrça é convir em que a tão decantada culpa do A. nenhum dano positivo e comprovado ocasionou à apelada, que se achava e sempre esteve inteiramente livre para levar a efeito a venda direta ou indireta do seu mel, de cuja posse

jamais se demitiu e que, por mais de dois anos depois de rescindido, por aquêle, o contrato de comissão, se conservou em perfeito estado e devidamente acondicionado em "dois depósitos cilíndricos de chapas de ferro", conforme ficou consignado no laudo pericial de fls. 380/3. As provas dos autos, notadamente essas aí destacadas, não permitem a prevalência da simples e infundada alegação de prejuízo formulada pela ré, cuja defesa, apesar do seu brilho invulgar, assenta os seus esteios principais em meras *vana verba*, palavras ocas e sem ressonância, sequer no ponto de vista teórico ou doutrinário da sua pretensão, uma vez que, em tema de responsabilidade por ato ilícito, é elementar o princípio de que "as idéias de *culpa* e *responsabilidade* não se associam necessàriamente. Do mesmo modo que há *responsabilidade* sem *culpa*, pode haver *culpa* sem *responsabilidade*. Para que haja *responsabilidade contratual* não basta, com efeito, que o contratante se comporte culposamente. Mister se faz, ainda, que dêsse comportamento culposo advenha *dano* para a outra parte. Isso é intuitivo, porquanto a responsabilidade se caracteriza no *dever de indenização*, isto é, na obrigação de reparar os prejuízos causados.

Êsse ensinamento de Orlando Gomes (Obrigações, p. 166), aliás, no particular, simples reflexo das opiniões dominantes em matéria de responsabilidade (Aguiar Dias, Da Resp. Civil, 3.ª ed., vol. II, p. 701; Carvalho de Mendonça, Doutr. e Prática das Obrigações, 4.ª ed., vol. II, p. 448; e Agostinho Alvim, Inexecução das Obrigações, 2.ª ed. ps. 195/233), e que constituem, por outro lado, normas expressas do nosso *jus scriptum* (arts. 159, 1.059 e 1.060 do Cód. Civil), nos leva à convicção de que, não tendo a alegada culpa do A. causado qualquer prejuízo aos interêsses patrimoniais da apelada, descabida se revela a sua pretensão, tantas vêzes manifestada neste feito, de exigir o seu ressarcimento, através de uma disparatada compensação dessas imaginárias perdas e danos com o montante da sua dívida vencida, líquida, certa e exeqüível. Para tanto, além do mais, isto é, sem falar na coexistência dos pressupostos legais (arts. 439 do Cód. Comercial e 996 do Cód. Civil), ainda seria necessário e indispensável, em face da conhecida regra do direito romano, acolhida pelo art. 996 do Cód. Civil — *dare in soluto est vendere* — admitir-se o absurdo de haver o A. comprado o mel à apelada, hipótese que nem ela mesma se animou a suscitar e que seria a única em que se poderia conceber que o preço da compra, o crédito do devedor-credor estaria compensado com o valor da sua dívida vencida e que deu causa a esta ação. Mas, não há dúvida de que, ainda por êsse prisma, a situação da apelada não se modificaria, já que o preço do mel, à base de 1.700 cruzeiros por pipa, foi fixado por seu exclusivo arbítrio, sem qualquer consulta ao A., o que bastaria para tornar o presumido contrato de compra e venda nulo de pleno direito, nos têrmos claros e precisos dos arts. 1.125 e 145, V, combinados do Cód. Civil.

Nenhuma consistência apresentam, portanto, as alegações de defesa, como inteiramente inverídica é a afirmação do sócio-gerente — Heron de Oliveira — no seu depoimento de fls. 690, ao atribuir ao fato de não ter sido o mel vendido pelo A. a causa única e exclusiva de todos os seus destemperos na administração da Usina Pitanga e, em conseqüência, da sua ruína financeira (fls. 699). E' que as provas examinadas, como especialmente o relatório técnico de fls. 187 não deixam a mais ligeira dúvida de que, não só o mel da apelada, mais de dois anos depois da rescisão do contrato de comissão mercantil, se achava em perfeito estado de conservação, podendo ser por ela vendido diretamente, mas também que, ao tempo da entabolação dêsse ajuste, já era de verdadeiro, franco e irremediável descalabro a administração daquela usina pelo nomeado sócio-gerente, como atestam, de maneira impressionante, os documentos de fls. 730 e 733 e a voz insuspeita dêle mesmo, ao informar que levou nada menos de 277 dias, após o respectivo vencimento, para pagar ao A., a reduzida importância de Cr$ 20.000,00, representada por uma nota promissória emitida a curto prazo (fls. 705).

O que fica patente e positivado nessas provas, é justamente o convencimento de que os prejuízos sofridos pela emprêsa-ré foram oriundos de causa superveniente e independente da atuação do A., como comissário da venda do mel, resultado êsse que, em face da letra explícita do art. 11, § único do Cód. Penal, jamais poderá ser imputado ao mesmo, desde que é princípio assente na doutrina que essa norma legal se aplica também aos chamados delitos civis, ou quase delitos da classificação romana (Clovis Bevilaqua, Teor. Geral do Dir. Civil, p. 349; Eduardo Espínola, Breves Anotações, vol. I, n. 224; Nelson Hungria, Comentários ao Cód. Penal, vol. I, Tomo II, 2.ª ed., p. 26; e Jimenez de Asúa, Trat. de Derecho Penal, vol. III, p. 843).

Por tudo isso, chega-se necessàriamente à conclusão de que a defesa da apelada só procede no ponto em que argúi excesso de execução, nos têrmos do pedido do A., tal como exposto na inicial. Mas essa hipertrofia da pretensão do exeqüente não torna inexeqüível o seu crédito, já que é perfeitamente possível, sem alteração da liquidez e certeza da obrigação da executada, reduzi-lo às suas justas e devidas proporções, mandando-se que êle seja pago de acôrdo com as cláusulas do contrato e as provas dos autos, vale dizer: o principal apurado no laudo pericial de fls. 178/81, em que os peritos afirmaram, em conjunto, que o montante da dívida da apelada é, exatamente, o reclamado na inicial; os juros contratuais, na forma ajustada, isto é, de oito e meio por cento (8,5%) ao ano; e multa convencional de dez por cento (10%) sôbre o valor da dívida (cláusula VI), para as despesas da execução, na conformidade do que fôr liquidado oportunamente e pelo meio regular.

E' nesses têrmos, portanto, que se dá provimento à apelação, para reformar-se a sen-

tença apelada, como de início determinado, pagas as custas pela ré.

Salvador, 20 de setembro de 1961.

Adolfo Leitão Guerra — Presidente e vogal.
A. Mirabeau Cottas — Relator.
Arnaldo de A. Alcântara — Revisor. (*)
Fui presente — *Calmon de Passos.*

(*) Juizes convocados.

DESERDAÇÃO. CAUSAS. Provas de sua ocorrência. A quem compete.

Não basta simples alegação do testador de que o herdeiro incorreu em causa legal de deserdação; essa declaração apenas autoriza a propor a ação de deserdação, sempre que o deserdado impugna a disposição testamentária. Ao interessado na deserdação incumbe o ônus da prova e, não a produzindo, não prevalece a disposição que priva o herdeiro de sua legítima, porque, se bastasse a declaração do testador, ter-se-ia instituído disfarçada e inconvenientemente a irrestrita liberdade de testar.

Captação dolosa. Conceito. Importância do estudo de saúde mental do testador seja para determinar a maior ou menor possibilidade em que se achava de rejeitar-se a dolosa captação, seja para julgar o efeito desta sôbre sua mente enfêrma ou débil.

Ap. n. 5909 — Relator: Des. LEITÃO GUERRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 5.909, oriundos da comarca de Ilhéus, em que são apelantes Bento Ferreira dos Santos e sua mulher, Maria da Conceição Pinheiro dos Santos, sendo apelados, Biano Alves de Melo e sua mulher Mariana Pinheiro Alves.

Acordam os Desembargadores da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria de votos, desprezar a preliminar de nulidade do feito, levantada na assentada do julgamento, pelo patrono dos apelantes, fundada em que, na inferior instância, não foi ouvido o Representante do Ministério Público, e no mérito, também por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para, reformando a sentença de 1.º grau julgar a ação de deserdação improcedente.

Custas pelos apelados.

E assim decidem, pelos seguintes fundamentos:

Quanto à preliminar:

Sendo meramente opinativa a função do Ministério Público, no caso em tela, a audição do Dr. 4.º Sub-Procurador, na Instância Superior supre a irregularidade decorrente da falta de intervenção do Promotor Público, na fase de instrução do feito.

Nesse sentido pacífica é a Jurisprudência dos Tribunais do País.

Além disso, a nulidade apontada nenhum prejuízo trouxe ou poderia trazer ao apelante.

De Meritis:

Segundo Carvalho Santos, citando Clovis Bevilaqua, a deserdação "é um instituto odioso e inútil".

Odioso, porque imprime à última vontade do indivíduo, a forma hostil de castigo, a expressão de cólera; e inútil, porque os efeitos legais da indignidade são suficientes para privar da herança, os que realmente não a merecem (Código Civil Interpretado, vol. XXIV, pág. 221).

Não obstante ser êsse instituto, odioso e inútil, o admitiu o art. 1.741, do Código Civil, constituindo-se sua adoção, no dizer de Cunha Gonçalves, uma das peculiaridades do nosso direito seguindo o espanhol e o português.

"Para se tornar efetiva a penalidade, é indispensável o concurso de quatro requisitos:

1.º — Ocorrer pelo menos uma das causas previstas em lei;

2.º — Consistir motivo de privação da legítima um fato já ocorrido, quando foi lavrado o testamento;

3.º — Acharem-se declarados em ato de última vontade a deserdação e a causa da mesma;

4.º — Ser provada a existência da causa por aquêle a quem aproveita a deserdação, ou pelo indivíduo que pretende tornar efetivo êsse castigo ao desamoroso (Carlos Maximiliano — Direito das Sucessões, vol. III, pág. 150)".

E logo a seguir, escreve o insigne jurista:

"Sim, a causa argüida como fundamento da deserdação há de ser certa; portanto é de exigir a prova da sua ocorrência. Em alegando o testador um motivo previsto em lei, mas irreal, não verdadeiro (pode êle ter sido vítima de intriga, embuste ou calúnia ou deixar-se levar por prevenção descabida, ódio infundado, inimizade advinda de outra origem), sua vontade não se cumpre integralmente, fica de pé a legítima. A declaração, aliás indispensável, da causa por que se priva alguém da reserva sucessória facilita, mas não supre a prova do fato alegado; esta precisa ser provada em Juízo e julgada por sentença; pois se bastasse a simples referência do testador a um ato ou omissão, êle teria ensêjo para deserdar à vontade os ascendentes e os descendentes, haveria na realidade, a liberdade ampla de testar".

Segundo o artigo 1.744 do Código Civil, além das causas mencionadas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes pelos ascendentes:

1.º — Ofensas físicas;

2.º — Injúria grave;

3.º — Desonestidade da filha que vive na casa paterna;

4.º — Relações ilícitas com madrastas ou padrastos;

5.º — Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Sómente essas causas e as previstas no citado artigo 1.595, que são taxativas, autorizam a deserdação.

Ora, as causas enumeradas no testamento de fls., para a deserdação, são as seguintes:

1.º — Invasão da propriedade "Paciência", com subtração de marcos, dando origem a queixas policiais;

2.º — Requerimento de uma ação de interdição, pelos atuais apelantes contra a testadora, utilizando-se de argumentos torpes e injuriosos, com a intenção de se apoderarem dos seus bens;

3.º — Haverem os apelantes induzido, fraudulentamente, sua mãe e sogra a assinar uma escritura de compra e venda, que poderia causar-lhe processo criminal a par de prejuízo de ordem moral;

4.º — Propositura, pelos apelantes, contra ela testadora, de uma ação, para anulação da venda do imóvel "Paciência", que ela fizera simuladamente a João Pereira dos Santos, seu irmão, sem recursos pecuniários, para prejudicá-los em benefício dos apelados, aos quais João Pereira dos Santos, por testamento, deixaria a referida fazenda.

Dessas causas mencionadas no testamento, como salientou S. Exa., o Dr. 4.º Sub-Procurador, no seu brilhante "Parecer", de fls. 114, apenas uma pode ser imputada a Maria Conceição Pinheiro dos Santos: a de haver induzido sua mãe, Maria Estácia, fraudulentamente, a assinar uma escritura de compra e venda, fato que poderia acarretar-lhe processo criminal, além de prejuízo de ordem moral.

As demais causas, não só não constituem motivo previsto em lei para a deserdação, porque em verdade não expressam injúria grave, como também não podem ser atribuídas a Maria Conceição e, sim, a Bento Ferreira dos Santos.

Cumpre assim examinar-se quais os meios empregados por Maria Conceição Pinheiro, para induzir fraudulentamente sua mãe a assinar a aludida escritura, verificar-se se os meios usados foram realmente fraudulentos e se ficaram cumpridamente provados.

Conforme consta das declarações prestadas por Maria Estácia a fls. 25v., estava ela na sacristia da capela da sua fazenda, quando viu alguém abrir a porta e entrar, reconhecendo, nessa pessoa, sua filha Maria Conceição Pinheiro, a qual lhe declarou que, não tendo podido ela, Maria Estácia, ir até sua casa e não podendo o Escrivão de Paz ali pernoitar, trouxera consigo o livro para que ela o assinasse, consoante combinara; naquele momento, Maria Conceição lhe deu uma caneta e, a uma pergunta sua, apontou o lugar onde deveria lançar sua assinatura. Sem ler, e na melhor boa fé, assinou no ponto indicado, na presunção de que assinava uma escritura na qual contemplaria sua mencionada filha, ali presente, para depois de sua morte".

Pergunta-se, então, mesmo que existisse prova completa e cabal, nos autos, dessa versão de Maria Estácia, estaria caracterizado o procedimento fraudulento de Maria Conceição, para induzir sua mãe, Maria Estácia, a praticar um ato diverso do que realmente pretendia levar a efeito?

Evidentemente, não.

E' a própria Maria Estácia quem declara no aludido depoimento de fls. 25, que indo visitar sua filha se avistou com Bento Ferreira, seu genro, e, a certa altura da conversa, êste lhe dissera que ela tinha duas filhas, tendo ambas direitos iguais e, assim, ela deveria deixar escriturado que, por morte de seu irmão João Pereira dos Anjos ou dos Santos, os bens a ela pertencentes deveriam transmitir-se também a sua filha Maria Conceição, tendo ela Maria Estácia, sem atinar com a maldade da proposta, concordado, chegando a dizer que êle, Bento, se entendesse com o Escrivão de Paz, a quem escreveu uma carta.

Vale salientar que, nessa ocasião, já Maria Estácia havia transferido todos os seus bens imóveis, simuladamente, como reconheceu posteriormente a 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça e como evidenciam as próprias declarações da testadora, ao seu irmão João, homem de parcos haveres.

Pois bem, Maria Conceição não tomou parte nas conversações entre sua mãe e Bento, pelo menos nada consta nos autos nesse sentido.

Como, portanto, atribuir-lhe haver induzido sua progenitora a assinar uma escritura que poderia acarretar-lhe processo criminal?

Onde está a prova de que Maria Estácia quisera, em verdade, assinar escritura para efeito *post-mortem* e não de venda?

Onde está a captação dolosa da vontade da testadora? No fato de levar o livro para ser assinada a escritura, apontando o lugar da assinatura?

Não é possível. Não se compreende. Isto não é captação dolosa.

Captação é questão de fato. Como tal devem entender-se os meios necessários à obtenção da liberalidade, assumindo feição dolosa quando empregados meios ilícitos, ultrapassadas as barreiras morais, salientando Pacifici Mazzoni a importância do estudo da saúde mental do testador, "seja para determinar a maior ou menor possibilidade em que se achava de sujeitar-se à dolosa captação, seja para julgar o efeito desta sôbre sua mente enfêrma ou débil" (Trat. delle Sucessioni, 2, n. 57).

Além disso, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, corroborando o que preceitua a lei, o ônus da prova incumbe a quem aproveita a deserdação. Assim é que:

O artigo 1.743 do Código Civil reza:

> "Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveitar a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador" (art. 1.742).

Por sua vez, Carvalho dos Santos assim se externa:

"E' assim que ao herdeiro instituído ou a quem aproveita a deserdação incumbe a obrigação de provar que é verdadeiro o motivo alegado para a deserdação" (Cód. Civ. Ital. vol. XXIV, pág. 226).

e Carlos Maximiliano escreve:

"em se tratando de arrebatar a alguém a prerrogativa sucessória, o ônus da prova incumbe ao beneficiário pela deserdação, àquele a quem a mesma diretamente aproveita" (Direito das Sucessões, vol. III, pág. 181).

Por seu turno, sem discrepância, a Jurisprudência afirma:

"Não basta que seja o herdeiro excluído pelo testador na hipótese dos autos. Mister se faz fique provado o motivo e a sua incidência em dispositivo legal. Não basta, escreveu João Luiz Alves, a simples alegação do testador de que o herdeiro incorreu em causa legal de deserdação; essa declaração apenas autoriza a propor a ação de deserdação, sempre que o deserdado impugne a disposição testamentária. Ao interessado na deserdação incumbe o ônus da prova e não a produzindo não prevalece a disposição que priva o herdeiro de sua legítima, porque, se bastasse a declaração do testador, ter-se-ia instituído disfarçada e inconvenientemente a liberdade de testar (Ac. un. da 6.ª Câm. Civ. do T. J. S. P. Repertório da Jurisprudência — Dimas Rodrigues de Almeida, vol. II, pág. 469).

Idêntica orientação segue a 4.ª Câmara do Trib. Apel. de São Paulo, no ac. publicado no Repertório da Jurisprudência Civil, vol. II, pág. 469.

Que provas existem nos autos, produzidas nesse sentido pelos apelados?

Em verdade, apenas as declarações da testadora e as do apelado varão. Nada mais.

As próprias testemunhas que os apelados ofereceram, nada informam contra Maria da Conceição, tanto assim que a primeira a fls. 84v, *in fine*, a 85, declara.

"Que veio a saber, por intermédio de Lourival Pinheiro, que Bento Ferreira, a pretexto de tomar a assinatura de Maria Estácia no inventário, teria obtido dela uma escritura de venda em favor de Alberto José de Santana".

A segunda, a fls. 86v. diz que:

"Era do seu conhecimento que Bento Ferreira, sob o pretexto de tomar um documento de D. Maria Estácia, teria obtido desta uma escritura de venda em favor de Alberto José Santana".

E nisto consiste a prova dos apelados referente à captação dolosa da vontade da testadora por parte de Maria Conceição.

Será possível que apenas com êsses elementos se queira provar o uso de meios fraudulentos utilizados por Maria Conceição, para induzir sua mãe a praticar um ato que não queria?

Se a Bento Ferreira, firmado nessas menas declarações, se quisesse atribuir aquêles atos fraudulentos, ainda se podia conceber, a despeito da fragilidade da prova. Mas a Maria Conceição, que nem sequer é mencionada pelas testemunhas, é verdadeiramente uma aberração jurídica.

No depoimento pessoal a que se refere a certidão de fls. 28, Bento Ferreira dos Santos (ou dos Anjos) afirma que a escritura de compra e venda da fazenda "Paciência", outorgada por Maria Estácia a Alberto José de Santana, foi passada no cartório do Escrivão de Paz, às onze horas do dia, estando presentes a vendedora, o comprador e as testemunhas instrumentárias.

Por que, então, os apelados, não requereram, para demonstrar que essa escritura fôra assinada por Maria Estácia na Capela da Fazenda, e não no cartório respectivo, os depoimentos do Escrivão de Paz, do comprador e das aludidas testemunhas?

Se a êles competia o ônus da prova e se nada haviam provado que demonstrasse o procedimento doloso de Maria Conceição, no sentido de induzir sua genitora a assinar uma escritura que poderia acarretar-lhe processo criminal, é óbvio que deveriam requerer o depoimento do Escrivão de Paz e das testemunhas da mencionada escritura, a fim de evidenciar serem falsas as declarações de Bento Ferreira e que a escritura fôra assinada na Capela da Fazenda.

Não provando, por qualquer meio, a única falta que poderia ser imputada a Maria Conceição, não podem os apelados, como acentuou o citado acórdão do Tribunal de São Paulo, pretender prevaleça a disposição que priva a apelante de sua legítima materna.

Tudo nos autos faz crer que Maria Estácia assinou o testamento, como assinara antes, vários documentos, inclusive Títulos de Créditos e escritura de compra e venda da fazenda "Paciência", sem ler.

Falecendo o seu espôso, Joaquim Pinheiro, em 1943, Maria Estácia passou a viver em companhia do seu genro Biano Alves Melo e da sua filha Mariana Alves Pinheiro.

Senhora de avançada idade, de instrução primária e ainda portadora de moléstia, como afirma o Dr. Antônio Carlos Souto, digníssimo Juiz da Comarca (fls. 101), deixou-se dominar fàcilmente pelo seu genro Biano. E assim, logo de início, outorgou-lhe procuração para administrar todos os seus bens.

Dêsse fato, surgiu entre Bento, que pretendia o mesmo objetivo, e Biano, forte rivalidade, que culminou com a invasão da Fazenda "Paciência" disputada por ambos, dando origem às queixas policiais a que se refere a certidão de fls. 10.

Posteriormente a essa invasão, ocorrida em 1947, Maria Estácia, em 1949, vende a propriedade "Paciência" simuladamente, a um irmão de nome João Pereira, homem de reduzidos

recursos, com o intuito de beneficiar sua filha Mariana e seu genro Biano, em detrimento da outra filha, Maria Conceição, e do outro genro Bento Ferreira, por isso que João Pereira assumira o compromisso de, por testamento, deixar aquela propriedade para Mariana, como efetivamente o fêz.

Ainda em 1949, Maria Estácia, dizendo-se enganada na sua boa fé, vende a mesma propriedade "Paciência" a Alberto José de Santana.

E dessa atitude da pobre velha Maria Estácia, atribulada pela luta dos seus parentes mais próximos, que automàticamente atendia ao que lhe era solicitado, sem ler e sem consciência do que fazia, nascem as ações de interdição, a de anulação da venda da fazenda "Paciência" a Alberto José de Santana, e, também, a de anulação da venda dessa mesma Fazenda a João Pereira.

O certo, porém, é que todos êsses fatos, embora fizessem a velha Maria Estácia sofrer, não criaram no seu espírito qualquer animosidade para com seu genro Bento Ferreira e muito menos para com sua filha Maria Conceição.

E tanto isso é verdade que no dia 13 de maio de 1949, depondo em Juízo, Maria Estácia declara que não se considerava inimiga de Bento (fls. 13, *in fine* e 14).

E' claro, pois, que tais fatos não poderiam ter constituído motivo da deserdação.

Por outro lado, nada nos autos autoriza a admitir que houvesse nascido ódio no coração de Maria Estácia contra sua filha Maria Conceição porque esta a tivesse iludido, ao assinar, na Capela, a escritura de compra e venda da fazenda "Paciência".

O que o processo revela é justamente o contrário.

Até o dia 29 de abril de 1950, era evidente o propósito de Maria Estácia de beneficiar Maria Conceição e Bento Ferreira, tanto assim que pretendia, como ela própria assevera, ao assinar o livro do Escrivão de Paz, contemplar sua filha, para depois de sua morte (fls. 25v.).

Além disso, a carta de fls. 60 e o retrato de fls. 65v. demonstram que, depois do incidente da escritura, Maria Estácia continuou a dedicar à sua filha Maria Conceição todo seu amor e carinho maternos.

Na carta de fls. 60, que apesar de não trazer data, se pode verificar, pelos seus têrmos, ser posterior a 21 de janeiro de 1951, Maria Estácia revela manter correspondência com sua filha, referindo-se a cartas anteriores a que não pudera responder, tratando-a com tôda a ternura de mãe extremosa.

E a prova de que essa carta é posterior àquela é que precisamente nesse dia falecera João Pereira (fls. 55) e a carta se reporta à sua morte.

Como se isso não bastasse, aí está o retrato de fls. 65v., no qual, em 8 de novembro de 1952, Maria Estácia lança uma bela dedicatória, na sua singeleza, endereçada a Maria Conceição.

Vê-se, portanto, que mãe e filha, apesar da luta em família, mantinham estreitas e cordiais relações de amizade.

Como, pois, admitir-se que no dia 8 de agôsto de 1951, Maria Estácia, que se correspondia com sua filha de forma tão afetuosa, mesmo depois da venda da propriedade "Paciência" a Alberto José de Santana, fôsse deserdá-la de forma tão cruel e vingativa?

Como se conceber que uma velha de avançada idade, de instrução primária, doente, fôsse capaz de fazer um testamento com tanta minúcia e com pleno conhecimento de normas jurídicas desconhecidas até de profissionais que trabalham na justiça?

Como se conciliar o espírito altamente religioso de Maria Estácia e uma atitude tão cruel para com sua filha, a quem tratava carinhosamente, e que, se culpada fôsse da acusação, agira em obediência ao seu espôso?

Não. Aquêle testamento, em que Maria Conceição fôra deserdada, não traduz os sentimentos de Maria Estácia. A testadora o assinou, é verdade, mas, como assinara, antes, títulos de crédito de alto valor, escrituras de compra e venda, etc., sem haver lido, sem consciência do que estava fazendo.

Maria Estácia vivia em companhia de Biano e de sua filha Mariana, dominada completamente pelo genro, a quem obedecia cegamente.

E' a 2.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado, quem assim se pronuncia:

> "Na espécie, a simulação é evidente. Patenteiam os autos que os filhos e herdeiros da hoje falecida Maria Estácia, entraram em luta entre si e com elas os apelantes (referindo-se a Biano Alves e sua mulher), puseram-se a usar de todos os meios para se apoderarem de seu patrimônio; que Maria Estácia inclinou-se para os réus (Biano e Mariana), contra os autores, ora apelados (Bento e Maria Conceição), e atendendo aos seus desejos tratou de passar a êles todo o seu patrimônio, emitindo em seu favor títulos de grande soma e por último vendendo tôdas as suas propriedades a seu irmão, — homem sem fôrça econômica para as adquirir, a fim de que êste, como afinal fêz, os transmitisse aos réus, por testamento".

Nestas condições, não havendo os apelados provado as causas da deserdação alegadas no testamento, tudo levando a crer inexistisse qualquer inimizade de Maria Estácia para com sua filha Maria Conceição, e muito menos ódio e vingança que justificassem a deserdação, impõe-se a reforma da sentença recorrida.

Salvador, 18 de outubro de 1961.

Adolfo Leitão Guerra — Presidente e relator.

Arnaldo Alcântara — Vencido *

Virgílio Melo. *

---

* Juízes convocados.

VOTO VENCIDO — Negava provimento ao apêlo para manter a sentença recorrida, pelos seus jurídicos fundamentos, e à vista do parecer do Eminente Prof. 4.º Sub-Procurador Geral da Justiça, já que vencido, também fui, na preliminar de nulidade do processo, do saneador inclusive, por terem sido vulnerados, na 1.ª instância, os ns. 22 e 23 do artigo 137 da Lei n. 160 de 21 de janeiro de 1949.

(Lei Org. do Ministério Público).

Êsse meu entendimento — *data venia*.

Fui presente — *Calmon de Passos*.

DESPEJO. FALTA DE PAGAMENTO. ALUGUEL INCLUÍDO NO SALÁRIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. Ação de despejo relativa a imóvel habitado por inquilino, como parte de pagamento do salário. A Justiça comum e não à trabalhista, ainda nêsses casos, compete privativamente conhecer e julgar as causas concernentes às locações de coisas, seja qual fôr a forma de pagamento do aluguel. Provado que o locatário recebia os seus salários sem desconto das importâncias do aluguel do prédio, evidente estará a mora solvendi, dando causa à ação de despejo, cuja procedência é irrecusável e autoriza a expedição do respectivo mandado.

Ap. n.º 4.645 — Relator: DES. **MIRABEAU COTIAS**

ACORDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da Capital, sob n. 4.645, em que é apelante Agenor Souza Santos e apelado Antônio Augusto de Morais:

A ação teve como fundamento a falta relterada, por parte do réu, ora apelante, do pagamento dos aluguéis do imóvel locado.

Na sua defesa, o mesmo alegou que não se tratava, no caso, de contrato de locação de imóvel, mas de locação de serviços, em cujo pagamento entrava o preço da habitação da casa, à razão de Cr$ 2.000,00 mensais, e a ser descontada dos seus salários. Suscitou, em vista disso, a preliminar de incompetência da justiça ordinária para dirimir a contenda entre o A. e êle (fls. 8), juntando o documento de fls 11, para comprovar que, antes de realizada a sua citação (fls. 7), já havia apresentado reclamação à Justiça do Trabalho contra o seu patrão.

A exceção foi refutada por êste (fls. 13) e rejeitada pelo despacho saneador (fls. 19), de que o réu não recorreu.

Mas, havendo o Presidente da 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento, desta Capital, levantado o conflito positivo de jurisdição entre êle e o juiz da causa, por fôrça do requerimento de fls. 16, o advogado do réu, na audiência de instrução e julgamento (fls. 28), pediu a suspensão do processo, até o julgamento do incidente cuja existência fôra comunicada ao mesmo juiz, pelo ofício de fls. 27, pedido êsse que foi indeferido (fls. 28), com recurso por parte do réu.

A instrução do feito se resumiu à tomada do depoimento do A. e aos exames dos lançamentos feitos no Livro Caixa, (ns. 1 e 2), da sua firma individual.

A sentença de primeiro grau, não só reexaminou a preliminar de incompetência, para rejeitá-la, ao fundamento de que a lei processual não é expressa na determinação do sobrestamento do processo, a não ser por deliberação do relator do incidente, de acôrdo com decisão do Supremo Tribunal Federal, aliás do Tribunal de Justiça do então Distrito Federal, mas também porque, desde novembro de 1958, o contrato de locação havia sido denunciado.

Ainda é de se levar em conta que, quanto ao mérito, a decisão apelada deu por não provada a alegação de que o réu detinha o imóvel a título de salário-habitação e, achando demonstrado o fato alegado na inicial, decretou o despejo requerido.

A nulidade da sentença recorrida, por ter sido proferida antes que se decidisse o conflito de jurisdição na Justiça do Trabalho, a que o réu havia recorrido, antes de ser citado para esta ação (fls. 7 e 27), é argumento sem consistência. Não se pode, em verdade, compreender a existência de tal conflito, quando não é o mesmo o processo sôbre cujo mérito dois ou mais juízes se declaram competentes para instruir e julgar. A êsse respeito, a lição de Pontes de Miranda é bem esclarecedora, ao salientar, com amparo em decisão do Tribunal do Distrito Federal, que se um juiz se diz competente para uma ação e outro para outra, sem serem de competência conexa, não há conflito de jurisdição (Cód. Proc. Civil, v. 4.º, p. 614).

A leitura da inicial, e o seu confronto com a petição de fls. 16, gera a certeza de que se trata de duas pretensões inteiramente diversas, sem a mínima correlação entre si, manifestadas perante juízes competentes para delas conhecerem, de acôrdo com a natureza típica de cada uma. A primeira é uma ação de despêjo, intentada pelo empregador do réu no juizo da 3.ª Vara Cível, com o objetivo de rescindir o contrato de locação do prédio e, conseqüentemente, de reaver a sua posse. A segunda não passa de uma reclamação trabalhista, com base em alegação de despedida injusta, movida pelo empregado do A., para compelí-lo ao pagamento da respectiva indenização, acrescida de restos de salários atrasados, férias não gozadas, aviso prévio, etc.

A disparidade entre as duas demandas é por demais evidente para convencer de que não há a mais leve possibilidade de se estabelecer uma dúvida qualquer entre as competências privativas dos juízes aos quais foram requeridas. E isto é tanto mais intuitivo, quanto não se pode recusar o raciocínio de que, ainda quando se tratasse, no caso, não de aluguel vencido e não pago pelo réu, mas de habitação como parte integrante de salário,, nem porisso deixaria de se fazer própria e adequada a ação de despejo, se alegado, como na inicial, que as quotas correspondentes aos alugueres não foram descontadas dos salários do empregado, nem pagas por êle. É que, na realidade, estaria caracterizada, aí, de modo inconfundível, uma relação ex-locato, de direito civil, a ser apreciada e decidida pelo juiz que a lei orgânica judiciária do Estado designou, e nunca uma

convenção relativa a locação de serviços, a ser discutida e solucionada pela Justiça do Trabalho. A esta falece competência para conhecer de tôda e qualquer questão referente a locação de coisas, mesmo quando o respectivo aluguel represente pagamento **in natura** de parte dos salários. Em tais casos, é à justiça comum que cabe manifestar-se sôbre a matéria, sôbre o objeto da demanda, competindo-lhe a tarefa de apurar se o aluguel está sendo ou não descontado nos salários do inquilino, para, na hipótese negativa, decretar o despejo requerido pelo patrão, porque o que está em foco, não é uma questão de salários, nos têrmos do art. 458 da Cons. das Leis do Trabalho, mas um debate sôbre locação de coisas e respectivo pagamento. Vale dizer, por maneira mais simples, que o assunto envolve, antes de tudo, uma questão de fato, dependente de provas, em especial, com referência à execução do contrato de locação.

De todo jeito porém, aberta a divergência entre empregado e empregador, sôbre a natureza da ocupação do prédio, valendo êste ou não parte integrante do salário, para o fim de manter o senhorio a sua posse, ela só poderá ser conhecida e julgada pela justiça ordinária, única competente para processar e decidir as causas relativas a locações prediais.

A Justiça do Trabalho só é permitido funcionar nas demandas decorrentes das "relações individuais e coletivas do trabalho", como prescreve o art. 1º da citada Consolidação.

Além disso, nenhuma diferença faz à relação de locação que o aluguel seja pago em dinheiro ou em serviços. O que importa é que o pagamento se faça, de uma ou de outra forma, e, principalmente, que possa ser inequìvocamente comprovado, quando necessária essa prova. Em qualquer das hipóteses, ela, nas ações de despejo, incumbe ao inquilino apontado como faltoso no cumprimento da sua obrigação, sob pena de ser a ação julgada procedente e decretado o despejo do imóvel alugado.

Mas, quando ainda existisse conflito na espécie em exame, é fora de dúvida que não poderia o juiz **a quo**, sem expressa determinação legal, ordenar a paralisação do feito, até que se julgasse o incidente de incompetência, muito embora os têrmos do art. 806, I, do C.P.C. possam levar à convicção de que êsse sobrestamento, ainda que não obrigatório, seria, entretanto, aconselhável como medida de prudência e economia processual.

No caso dos autos, porém, em que a sentença final já foi proferida e publicada, nada há mais a se deliberar sôbre o assunto, máxime quando o apelante não interpôs recurso do despacho que lhe indeferiu o pedido de sustação do feito (fls. 29), e quando não se trata de nulidade prevista na lei específica e que deva ser decretada de ofício pela instância superior, sendo que não se possa deixar de reconhecer que o julgamento do conflito de jurisdição, se procedente, acarretaria a inutilização total dêste feito, com inegável prejuízo para o réu, cujo despejo deve ter sido logo executado, em vista dos efeitos meramente devolutivos desta apelação. Mas não há desconhecer, por outro lado, que as nulidades processuais são matéria de direito estrito, não podendo ser reconhecidas senão as que, de modo expresso, se acham previstas na lei. Isto não acontece no caso dos autos, porisso que o Cód. Proc. Civil não contempla, em nenhum dos seus dispositivos, a nulidade decorrente do indeferimento ao pedido de paralisação do feito, de maneira que os prejuízos advindos ao réu, resultantes do falado indeferimento, hão que ser resolvidos em perdas e danos.

De referência à questão de fundo, a razão continua com o autor. O documento de fls. 16 infirma por completo as alegações de defesa no sentido de não dever aluguéis atrasados àquele, porque pagos **in natura**, ou antes, em serviços prestados a êle. A referida certidão, porém, mostra que, propondo ação trabalhista contra o A., antes de ser citado para esta, bem outra e diferente foi a versão que o réu deu ao fato da sua desinteligência com o patrão, no que diz com a locação do prédio em litígio, tanto que, ali, não afirmou, de modo algum, que a habitação do mesmo fizesse parte integrante do seu salário. Pelo contrário, foi bem expressivo em esclarecer que êste era constituído do ordenado de Cr$3.000,00 e da gratificação de Cr$ 2.000,00, fornecendo-lhe o empregador ainda uma refeição. Nenhuma alusão, por mais leve e ligeira, à circunstância de que a casa onde morava também lhe fôra dada em habitação, como parte integrante da sua remuneração.

A petição de fls. 16, como se vê da respectiva cópia de fls. 11, deu entrada na 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento em 21-11-958, enquanto que esta ação, digo, nesta ação o réu foi citado a 10 de dezembro do mesmo ano, oferecendo a defesa, de fls. 8. E isto, por si só, explica os motivos por que, naqueloutra petição, não alegou que a habitação da casa despejanda fizesse parte integrante do seu salário, dispensando maiores considerações sôbre o assunto, tanto mais desnecessárias quanto é certo que o réu, em todo o curso do processo, não fez a mais mínima prova da veracidade das suas afirmações.

Acorda, pois, a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, e tendo em vista o relatório de fls. 65 verso, que fica integrando esta decisão, em negar provimento à apelação, para manter e confirmar a sentença apelada.

Salvador, 14 de setembro de 1960.

Aderbal Gonçalves — Presidente e Revisor.
A. Mirabeau Cotias — Relator.
Dan Lobão *

---

* Juiz convocado.

DESPEJO — PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS APÓS O PRAZO DA CONTESTAÇÃO — MORA. Vencido o prazo da contestação da ação de despejo por falta de aluguéis, sem que o inquilino requeira o pagamento, o recebimento posterior, pelo locador, dos aluguéis vencidos, não anula os efeitos jurídicos da mora, entre os quais o de ter sido rescindida a locação.

Ap. n. 3.271 — Relator: DES. SANTOS CRUZ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da capital, n.º 3.271, sys-

lante LUCIANO VENTIM DURAN, apelado HANS BROCKIE VON STROGANY.

ACORDAM, por maioria de votos, os Juízes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, integrantes da respectiva turma julgadora, dar provimento à apelação para, reformada a sentença recorrida, julgar procedente a ação, nos têrmos do pedido da inicial.

* * *

1 — Citado, em 19/VII/56 (fl. 5 v.), para responder aos têrmos da presente ação de despejo por atraso de mais de 20 meses de aluguéis do imóvel n.º 53, à rua Matias de Albuquerque, deixou o réu escoar-se o prazo de cinco dias, sem contestar o pedido (fl. 8 v).

Sòmente a 25 do mesmo mês, vale dizer, fora do prazo da contestação, requereu ao juiz "o pagamento dos aluguéis reclamados na inicial" (fls. 10, 10v. e data do reconhecimento da firma da procuração de fls. 11).

Opôs-se o autor à possibilidade de pagar o réu os atrasados, evitando a rescisão do contrato, sob o fundamento de que o mesmo decaíra do direito de requerer o benefício (fl. 19).

Conclusos os autos, o juiz, afinal, proferiu sentença, considerando a "dívida principal como tendo cessado de existir por se encontrar saldada, o que impede a rescisão da locação" (fl. 37). Fundou-se o **a-quo**, para assim decidir, na circunstância de que, havendo o autor recebido os aluguéis, no curso de ação executiva que intentara para a sua cobrança, purgada estava a mora e, assim, ilidido o despejo.

Êstes são, em resumo, os fatos.

2 — O art. 1.192, II, do Código Civil estabelece que o locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar. Por sua vez, a atual lei do inquilinato preceitua que os aluguéis devem ser pagos no prazo convencionado e, na falta de contrato escrito, até o dia dez do mês do calendário seguinte ao vencido (art. 15, I, da Lei 1.300, de 28/XII/950).

Trata-se, portanto, de uma obrigação líquida, cujo inadimplemento no seu têrmo, por si só, constitui, de pleno direito, em mora o devedor (art. 960 do Cód. Civ.), pois **dies interpellat pro homine.**

De acôrdo, ainda, com o Código Civil, em todo contrato sinalagmático acha-se subentendida a condição resolutiva tácita. Para que se opere a resolução da condição, necessária é, no entanto, a interpelação judicial, à qual se equipara a citação **initio litis**, com o que se extingue o direito a que ela se opõe (art. 119). E, se extinto se torna o direito, desaparece para o devedor a possibilidade de fazer convalescer o contrato, purgando a mora. E é porisso que, então, se diz que, proposta a ação pelo credor, a causa não está mais **re integra.**

A lei do inquilinato, entretanto, por **exceção**, admite que, muito embora já proposta a ação e citado o locatário, possa êste fazer valer de nôvo o contrato, purgando a mora **no prazo da contestação** (cfr. LUÍS A. DE ANDRADE e J.J. MARQUES FILHO, "Locação Predial Urbana", 2.ª ed., vol. II, pág. 576). Estabelece, aí, a lei um têrmo de graça, que se utilizado evita a rescisão da locação. A manifestação de que quer valer-se dêsse direito deve dá-la o devedor no **prazo da contestação**, sob pena de decadência.

Assim expostos os princípios legais reguladores da mora do locatário e das condições para a sua **emendatio**, façamos a devida aplicação ao caso dos autos.

3 — Como está provado pela certidão de fl. 29, o autor recebeu os aluguéis em 9 de agôsto de 1956, vale dizer, depois de decorridos mais de quinze dias de esgotado o prazo para a purgação da mora na presente ação.

O recebimento, pelo autor, dêsses aluguéis, quando já extinto o prazo da contestação do despejo e no curso da ação executiva, não tem o efeito de convalidar o contrato, pôsto que a **emendatio morae**, pelo réu, só teria sido possível até o têrmo estabelecido no § 1.º do art. 15 da citada Lei 1.300.

Como observa LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE, em parecer publicado na Revista Forense, vol. CII, pág. 431, "o problema, em face do nosso direito escrito, só comporta duas soluções: ou ainda é tempo de purgar, e a purgação, nesse caso, sana por completo todos os efeitos da mora, sejam êles passados ou futuros; ou já é tarde demais para isso, e então não há que falar em purgação".

Ora, se até a entrega das chaves são exigíveis os aluguéis, nada impedia que o autor propusesse, como o fêz, ação executiva para a sua cobrança. Sim, porque ao ajuizar a presente demanda, o que o autor pediu não foi o pagamento da dívida, mas, sim, a **rescisão do contrato** e o **despejo** do locatário, em conseqüência da mora. As duas ações têm, portanto, objetivos diferentes.

Se, pois, a mora não foi regularmente purgada no despejo, rescindida está a locação, sem que, com isso, perdesse o autor o direito à percepção dos aluguéis, até a efetiva desocupação do prédio pelo inquilino.

O recebimento, pois, naquelas condições não tem o efeito de emendar a mora, ilidindo o despejo, tanto mais quanto a importância dos aluguéis não vejo acrescida "dos honorários de advogado e das custas", a que estaria obrigado o inquilino, nos têrmos do § 1.º do art. 15 da Lei 1.300, se se tratasse de purgação da mora. Tal recebimento tem pois, o caráter de quitação de dívida pecuniária, sem retirar do "patrimônio do locador o direito, já adquirido, desde a mora, de demandar a restituição da coisa".

As duas decisões do Tribunal de São Paulo (Rev. dos Tribs. vols. 196/258 e 235/413, citadas pelo apelante (fl. 41 v.), convém acrescentar mais uma, no mesmo sentido, da qual se destaca o seguinte trecho: "Entendem, porém, e assim já se decidiu anteriormente (Revista dos Trib., vol. 170/608), que não fica o credor impedido de receber as rendas, enquanto não devolvida a coisa locada, nem se purga a mora, pagando-se a destempo, sem que renuncie o prejudicado, expressamente, outros direitos que da mesma lhe provieram. Pelo fato de estar sujeito a despejo, por vício ulterior, não escapa o inquilino da obrigação de solver o preço da ocupação da casa (Arq. Jud. vol. 82/265). Pelo mesmo motivo, o locador está compelido

a recebê-lo, ou tem o direito de reclamá-lo, caso não entregue, tempestivamente" (REVISTA DOS TRIBUNAIS DE SÃO PAULO, vol. 232, pág. 406).

Custas pelo apelado.
Salvador, Bahia, 23 de maio de 1957.
Alvaro Clemente — Presidente
Santos Cruz — Relator
Plínio Guerreiro — Vencido; com o voto proferido na assentada do julgamento, neguei, confirmando a sentença pela sua própria fundamentação.
Martins de Almeida.

(*) O acórdão está publicado na pág.

AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO — PRÉDIOS PERTENCENTES AO MESMO DONO. Venda do serviente e posterior demolição do dominante, para construção, no mesmo lugar, de edifício de apartamentos, sob a modalidade de incorporação, da qual os primitivos proprietários participam. Vedação de manilhas da canalização, impedindo o escoamento das águas pluviais e fecais, fundados os turbadores em que a servidão fôra extinta, ao ser demolido o prédio dominante. Procedência da ação, por que "a destruição do edifício não é destruição do fundo. Com a reconstrução a servidão passa a poder ser exercida".
Ap. n. 5836 — Relator: DES. LEITÃO GUERRA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n. 5.836, oriundos da 2.ª Vara Cível da Comarca da Capital, em que são partes: Artur D'Almeida Couto e sua mulher, APELANTES; Armando Rêgo Carneiro da Rocha, sua mulher, e outros APELADOS.

Na petição inicial, alegaram os Apelados: — a) que são senhores e possuidores de terreno sito à Avenida Sete de Setembro n.º 262, onde está sendo construído o Edifício Caiçara, sob a modalidade de incorporação; b) que o referido edifício ocupa o lugar da antiga casa de residência do Eng.º Armando Carneiro da Rocha, um dos Apelados, a qual fôra demolida justamente para essa obra; c) que a canalização dos despejos domésticos e das águas pluviais é, ali, orientada para os fundos do terreno, de acidentado declive — três metros abaixo do nível da rua —, por inexistir rêde de esgôtos em todo o trecho da Avenida; d) que os primeiros suplicantes haviam comprado ao Dr. Portela Passos a referida casa, há mais de vinte anos, e já naquela época a canalização saía da casa levando os despejos, recebia no quintal as águas das chuvas, passava por baixo de uma casa menor, também pertencente ao Dr. Portela Passos, despejando numa fossa construída em terreno ao fundo, pertencente ao mesmo proprietário; e) que, alguns anos depois, os primeiros suplicantes adquirirem a casa menor e atribuindo a umidade notada em suas paredes ao fato de passar sob ela a referida canalização, desviaram o esgôto, abrindo novo ramal, que lhe corre ao lado, cortando perpendicularmente o corredor lateral e, encostado ao muro vizinho, desce ao quintal, atingindo terrenos agora pertencentes ao snr. Alberto Lória, onde nova fossa foi construída; f) que, posteriormente, vendeu a casa menor ao snr. Artur d'Almeida Couto, nela residindo há seis anos, continuando os despejos e as águas pluviais da casa principal a ter escoamento por ali, com destino à fossa; g) que, contratada a incorporação, demolida a casa maior e iniciada a construção do Edifício, seus despejos foram naturalmente canalizados para o mesmo ponto; h) que, há cêrca de dois meses, êles Apelados notaram estar obstruída a canalização, impedindo assim que os esgotos tivessem por ali o seu natural e primitivo escoamento.

Contestando a ação, sustentaram os Apelantes: 1.º) que a servidão não se presume e sòmente é adquirida depois da transcrição no Registro de Imóveis, como peremptòriamente exige o artigo 677 do Código Civil; 2.º) que a servidão fôra totalmente extinta em virtude da demolição total do prédio dominante; 3.º) que, sendo direitos reais sôbre imóveis, as servidões jamais poderão subsistir sem os prédios a que se refiram; 4.º) que não se concebe a transferência de servidão de um só prédio para quarenta outros, em face do que dispõe o artigo 704 do Código Civil, mesmo admitindo-se não resulte a extinção da servidão do desaparecimento do prédio dominante; 5.º) que os Apelados são, hoje, meros proprietários de um terreno, porquanto demoliram a casa e jamais terreno tiveram e nem terão servidão de esgôto, pois, se não há casa, não pode haver despejo a conduzir.

Julgando a causa, o digno Juiz de primeiro grau proclamou "que, na hipótese submetida a julgamento, não existia qualquer servidão nos têrmos legais, em que êste instituto é concebido na legislação pátria e isto porque o prédio hoje pertencente ao Apelante era de propriedade dos Apelados, não podendo haver assim servidão, pouco importando que anteriormente tivessem os prédios proprietários distintos, pois um dos meios da extinção das servidões é a reunião dos dois prédios no domínio das mesmas pessoas (art. 719) ". E acrescenta: — "Posteriormente à venda, aos Réus, do prédio serviente, só se constituiria a servidão se no contrato de compra e venda se fizesse menção da mesma, ou se isso fôsse objeto de outro contrato. Afora êste caso, só pelo usucapião (art. 698 do Código Civil) no prazo de dez anos haveria o direito à transcrição. E não vale dizer que o consentimento tácito dá por si só prova da existência da servidão. Os direitos reais sôbre as coisas alheias, restritivos que são do domínio, exigem princípios estabelecidos que não podem ser superados por nenhuma outra forma". E conclui: — "Não havendo dez anos de contínuo exercício, não há que discutir sôbre a existência de servidão, ou de sua extinção".

Entretanto, após externar-se desse maneira, o ilustre a quo reconhece "que na realidade os Autores têm uma canalização de esgôto que atravessa a propriedade dos Réus para atingir uma fossa em terreno de terceiros, esclarecendo "esta canalização cuja situação se pode verificar da planta de fls. 5 que foi confirmada unânimemente pelos peritos nos seus laudos (fls. 39, 45 e 52), foi colocada no traçado atual pelos dois primeiros Autores nos terrenos dos Réus com o consentimento dêstes segundo se vê do depoimento pessoal do Réu varão a fls. 70". Prossegue a senten-

ça: "Desta forma, a canalização de esgôto sem dúvida é de propriedade e posse dos Autores, e como acessório do imóvel de sua propriedade a êste se incorporou". E, mais "mesmo com a destruição do prédio, a canalização não deixou de ser de propriedade e posse dos Autores não valendo a alegação de que está em terreno alheio, podendo êles, por isto lhe dar o destino que pretendam e não podendo os Réus intervir". Assim, considerou turbação à posse dos Autores-Apelados a obstrução, pelos Réus-Apelantes, dessa canalização, "já que obstruída a canalização esta não servindo não adianta aos Autores ter sôbre ela qualquer posse" e sob êsses fundamentos julgou a ação procedente, de acôrdo com o artigo 499 do multi-citado Estatuto Civil.

Inconformados, apelaram os Réus, dizendo que a decisão era **extra-petita** por isso que os Autores propuseram a demanda com fundamento nos artigos 563, 595 e 702, todos do Código Civil, dispositivos êsses referentes à servidão, enquanto o **a quo**, enveredando por caminho diferente, enunciou seu julgamento firmado no art. 449 do diploma invocado, jamais mencionado pela parte vencedora. Sustentaram, também, inexistir turbação à posse dos Autores, por isso que praticar, em seu terreno, um ato de higiene, como seja o de tapar u'a manilha que derrama fezes, não pode ser cometer ato turbativo.

Contraminutado o recurso, subiram os autos a êste Egrégio Tribunal.

Isto pôsto:

PRELIMINARMENTE

Levantaram os Apelantes, na minuta do apêlo, a preliminar de nulidade da sentença, porque estribada a lide nos artigos 563, 595 e 702 do Código Civil, relativos a servidão, e julgando o Juiz de primeiro grau a ação procedente com arrimo no artigo 499 do mesmo Código, tal decisão é evidentemente **extra-petita**.

A preliminar, porém, não merece acolhida.

Na inicial, concluiram os Apelados requerendo mandado de manutenção de posse, para que os Apelantes fôssem obrigados a desobstruir o esgôto que deliberadamente haviam entupido, tapando as manilhas com barro. E foi precisamente isto o que ordenou a sentença recorrida, embora baseada em outros dispositivos legais. Como, destarte, falar-se em sentença **extra-petita?**

DE MERITIS

Segundo Carvalho Santos, as servidões por ato do homem constituem-se dos seguintes modos: — a) por contrato; b) por testamentos; c) por sentença ou adjudicação proferida em juízo divisório; d) por destinação do proprietário f) por usucapião (Cód. Civ. Int., vol. IX, pág. 138/9).

As hipóteses das letras **b**, **c** e **d**, são absolutamente inaplicáveis ao caso presente. Resta examinar-se se a servidão aludida na inicial está caracterizada por contrato ou por usucapião.

Quando o Dr. Armando Carneiro da Rocha e sua mulher, os primeiros Autores-Apelados, compraram o prédio menor, já eram donos do prédio maior, de sorte que cessaria qualquer servidão de fato, vale repetir, porque se tratasse de direito real de servidão do prédio dominante (o maior) sôbre o serviente necessário seria, para sua extinção, o cancelamento da inscrição ou transcrição, dado o princípio da prevalência do registro.

Alienando, mais tarde, o prédio menor, sem consignar na escritura, ou em qualquer outro contrato, a existência de servidão, é óbvio que o dono do prédio maior não pode atribuir-se direito real de servidão, que se não presume e para cuja constituição é essencial haja contrato lavrado em forma legal, por escritura pública ou particular, inadmitido contrato verbal. E não é só isto. É preciso, ainda, seja êsse contrato transcrito ou inscrito no registro de imóveis (arts. 676 e 697 do ród. Civ.). Nem se diga que sòmente as servidões não aparentes devem ser transcritas no registro imobiliário, para serem estabelecidas, nos têrmos do citado artigo 697.

Como salienta Pontes de Miranda, "a aquisição das servidões não dependia de registro; dêle depende hoje" (Trat. Dir. Privado, vol. 18, pág. 234). Acrescenta o insígne jurista: — "A respeito das servidões, os artigos 676, 677 e 698 do Código Civil são de clareza que não deixa margem a discussões sérias; o art. 708 aviva as linhas do sistema. O princípio do registro essencial à existência dos direitos reais limitados aparece, nítido, no artigo 696: tais direitos, se sôbre imóveis, "constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição, ou da inscrição no registro de imóveis, dos referidos títulos", "salvo os casos expressos neste Código". Antes do registro, se não se trata de exceção expressa ao princípio, não existem os direitos reais limitados. Pôs-se o princípio no plano da existência do direito real limitado, e não no plano da eficácia. Em vez de existir e não ter eficácia quanto a terceiros, o direito real limitado ainda não existe" (Ob. cit., pág. 361). Por seu turno, opina Carvalho Santos: — "O que o legislador pretender dizer nesse dispositivo 697, mas não o fêz de modo satisfatório, foi que as servidões aparentes se constituem por ato entre-vivos, por disposição testamentária ou por prescrição e embora os títulos de sua constituição devam ser transcritos no registro, todavia a certidão do registro não é o título de sua existência jurídica; enquanto que, em se tratando de servidões não aparentes, a sua existência fica dependendo de transcrição do título no registro de imóveis" (Cód. Civ. Interp., vol. IX, pág. 165).

É óbvio, ante essas considerações, que não havendo, como nunca houve, contrato escrito, por instrumento público ou particular, não se pode afirmar constituido direito real de servidão entre os dois prédios. E, se contrato existisse, por escrito, ainda assim inexistiria servidão, à falta de inscrição ou transcrição no registro de imóveis.

Igualmente, não se constituiu a servidão alegada, por usucapião, mesmo pudessem os Apelados somar à sua posse a dos seus antecessores, porque título não há que a afirme, o qual seria a sentença judicial transcrita no registro de imóveis.

Nessas condições, é evidente que, no caso sub judice, não há direito real de servidão de prédio dominante sôbre prédio serviente, dês que êsse direito se não concretizou por nenhum dos modos previstos em lei.

Ademais, como ensina o consagrado Pontes de Miranda, "pode-se ter posse de servi-

dão, antes de se ter direito real de servidão, sem se perder a posse da servidão; pode-se perder a posse da servidão, sem se perder o direito real de servidão". E acrescenta: — "a posse da servidão adquire-se como se adquire qualquer outra posse, imediata ou mediata". "A posse imediata da servidão nasce com a obtenção do poder fáctico, sem outro possuidor mais próximo. No sistema jurídico brasileiro, abstraiu-se do **corpus** e do **animus**. Há aquisição da posse da servidão pela apreensão da coisa para a servidão. Se a alguém se permite tomar posse da servidão, adquire-a quem a toma. Quem exerce poder fáctico que se contém no direito de servidão, ainda que não tenha tal direito, é possuidor' (Ob. cit., págs. 475/6) "A posse independe do título e do direito' (Ob. cit. pág. 234).

No caso submetido a julgamento, os Apelados exerciam o poder fáctico, a posse da servidão, desde tempos remotos, embora não tivessem direito real de servidão.

É o próprio Apelante varão que, no seu depoimento pessoal (fls. 69), reconhece a existência da posse da servidão exercida pelos Apelados, não só quando declara que, ao comprar a casa menor, combinou com os Apelados o desvio da canalização original do esgôto, abrindo nova, como consta do croquis de fls. 5, em côr azul, feitas as obras com sua anuência, como também quando diz haver considerado extinta essa servidão, logo que os Apelados demoliram totalmente a casa maior.

Positivada a posse da servidão, não se tratando, pois, de servidor de posse (art. 498), nem de atos de mera tolerância, permitidos pelo dono do prédio serviente (art. 497), resta saber se a destruição do edifício maior importou em extinção da posse da servidão dos Apelados.

Evidentemente, não. É ainda Pontes de Miranda quem ensina: — "A destruição do edifício não é destruição do fundo. Com a reconstrução, a servidão passa a poder ser exercida" (Ob. cit., pág. 404).

Além disso, continua o mestre, "no direito brasileiro, não há propriedade do edifício distinta da propriedade do prédio. Não é ao dono do edifício que se outorga o direito de servidão, é ao dono do prédio, de que o edifício se fêz ou se fará parte integrante" (Ob. cit., págs 200/1).

"Por outro lado, o possuidor da servidão é o possuidor do prédio dominante, seja imediato. O sucessor singular na posse, inclusive o possuidor imediato ao receber a posse do prédio dominante, recebe a posse da servidão, como parte integrante daquele, ainda que desconheça dessa, ou o direito de servidão, mas recebe-a tal qual é: vindo a exercê-la pode unir à sua posse a do antecessor para os efeitos legais (art. 496, 2.ª parte).

Demonstrada, portanto, a existência da posse da servidão, exercida pelos Apelados e reconhecida pelos Apelantes, e evidenciado que com a demolição da casa não se extinguiu a posse dos primeiros sôbre a servidão, cabe indagar se a posse das servidões é protegida por ação possessória.

O art. 509 do Código Civil afasta qualquer dúvida, ao preceituar: — "O disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não aparentes nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente ou daqueles de quem êste o houve".

A não ser, pois, nas hipóteses previstas no art. 509, o possuidor da servidão tem a tutela possessória com os demais possuidores, inclusive a legítima defesa e a justiça de mão armada.

Essa ação possessória, em se tratando de servidão, pertence a quem tem posse e não a quem tem direito de posse.

E, provando os Apelantes a posse da servidão e a turbação dessa posse, tanto assim que o Apelante varão declarou, no seu depoimento pessoal, que sabendo extinta a servidão como resultado da derrubada da casa dominante, mandou que os trabalhadores fechassem as manilhas com barro (fls. 69), é claro que os Apelados podem exercer, por meio de ação possessória, o direito de defesa da sua posse.

Nem se alegue que, havendo o Juiz de primeiro grau declarado inexistir servidão, sem que contra isso houvessem recorrido os Apelados, já se não pode apreciar a matéria, sob êsse aspecto. Obtendo sentença favorável, na qual lhes foi dado exatamente o que pediram, não obstante sôbre outro alicerce legal, é lógico que os Apelados não podiam recorrer, salientando que o recurso dos Apelantes devolveu ao **ad quem** o conhecimento integral das questões discutidas no feito, do que dimana não se poder falar em coisa julgada, naquela parte.

Finalmente, cumpre esclarecido se a construção de um edifício de nove andares, no lugar onde existe apenas uma casa residencial, constitui ampliação da servidão, que assegurasse ao dono do prédio serviente o direito de opor-se a essa pretensão.

Se nenhuma modificação foi feita na canalização, se as manilhas existentes no prédio serviente têm capacidade para dar vasão às águas pluviais e fecais do prédio dominante, não há, em verdade, ampliação de servidão do simples levantamento de prédio de maior capacidade. E se, porventura, vierem os Apelados a precisar fazer a ampliação dessa servidão, então, poderão os Apelados defender-se através de ação possessória ou negatória, repelindo o pretendido ampliamento ou impugnando o reconhecimento do direito real de servidão. Lícito não é, porém, criem obstáculo ao exercício regular da posse da servidão, agora, mormente tapando com barro as manilhas, impedindo dessa forma o escoamento das águas pluviais e fecais do prédio dos Apelados.

EX POSITIS:

ACORDAM os Desembargadores da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem discrepância, desprezar a preliminar de nulidade da sentença e, também por unanimidade, negar provimento à apelação, para manter, como mantêm, a decisão recorrida.

Custas pelos Apelantes.

Salvador, 20 de dezembro de 1951

Leitão Guerra — Relator
Virgilio Melo *
Viana de Cestro *

---

* Juizes convocados

ILEGITIMIDADE DE PARTE. AD CAUSAM. INADMISSIBILIDADE DE REVISÃO DE LEGITIMIDADE, ADMITIDA NO SANEADOR, PELA SENTENÇA FINAL. — Ação possessória intentada contra surdos-mudos. Admitida, no despacho saneador, a legitimidade ad causam do litisconsorte dos incapazes, aos quais se deu curador à lide, não é possível, na sentença final, reexaminar essa preliminar de mérito, para julgar o autor carecedor de ação. Esta há de ser decidida no seu objeto, desde que comprovada a coexistência dos pressupostos da causa petendi, devendo a respectiva sentença, se procedente o pedido inicial, ser executada contra o curador à lide, até que, pela forma regular, os incapazes sejam postos em regime de curatela definitiva. Os interêsses da ordem pública e a plenitude que a Constituição assegura ao exercício do direito de propriedade não permitem que se erija a incapacidade absoluta em motivo de permanente ameaça à integridade social ou ao patrimônio privado, nem que se reconheça aos insanos mentais a faculdade livre e desembaraçada de atentarem contra êsses direitos.

Ap. n. 3362 — Relator: DES MIRABEAU COTIAS

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de Maracás, sob n.º 3.362, em que é apelante Justino Pereira de Souza, sendo apelados Antônio Castro dos Santos e outros:

A presente ação de manutenção de posse foi movida pelo apelante contra os surdos-mudos — Antônio Castro dos Santos, Maria Castro dos Santos e José Castro dos Santos — considerado pelo A. como mandatários de João Feliciano de Oliveira, porisso também incluído, por comunhão de interêsses, no rol dos legitimados passivos, cujas citações se fizeram pela forma pedida na inicial, estando esta, de sua vez, instruída com as provas do domínio daquele sôbre a propriedade em questão, denominada "Fazenda Santa Terezinha".

Não possuindo representante legal, aos réus incapazes se deu curador à lide (fls. 31), que prestou o compromisso legal e constituiu advogado para defendê-los no processo. As contestações, porém, foram apresentadas por patronos diferentes. Na sua, os surdos-mudos alegaram em resumo, que o sendo, estão, por absolutamente incapazes, isentos de responsabilidade pelos atos que lhes são imputados pelo A. e dispensados de enfrentarem a demanda. E na do réu capaz foi realçado o argumento único de não haver induzido os outros a turbarem a posse daquele, motivo porque nada tem a ver com os incômodos e prejuizos de que se queixa.

No despacho saneador (fls. 73), embora admitido como parte legítima e réu capaz e litisconsorte qualificado dos outros, mesmo assim entendeu-se que a legitimidade dos incapazes, por ser questão puramente de direito, seria decidida na sentença final.

E nesta, o A. foi julgado carecedor de ação, no que diz respeito aos surdos-mudos, julgando-se o feito improcedente quanto ao réu capaz.

Não é possível deixar de reconhecer os equívocos em que labora a decisão recorrida, cujas conclusões assentam, sem dúvida, em premissas abstratas, de ordem puramente teórica e, porisso mesmo, perdem contacto com a realidade dos fatos e com os princípios cardiais, de direito material e formal, que regem a espécie dos autos. A sua primeira discrepância se manifesta através dos têrmos do despacho saneador, onde se admitiu a legitimidade **ad causam** de uma das partes, o litisconsorte necessário das demais, por comunhão de interêsses no processo, para, ao remate do seu curso regular, reavivar-se uma questão já decidida e, com fundamento em causas que já eram plenamente conhecidas e independiam de provas **aliunde**, considerar-se os réus surdo-mudos como não legitimados passivos no feito.

Nada importa, no particular, a ressalva nêle contida, e referente à situação dos réus incapazes, porisso que, em se tratando de litisconsórcio que não poderia ser dispensado pelas partes, nos têrmos claros do art. 88, 2.ª parte, do Cód. Proc. Civil, e em que a relação jurídica litigiosa haveria de ser resolvida de modo uniforme para todas, segue-se lógicamente que, considerada uma delas como legitimada passiva, as outras teriam de ser forçosamente havidas como tais. É o que estabelece o mandamento expresso do art. 90 do mesmo Código, ao impor um tratamento unitário para os interessados no processo, de tal maneira — saliente o insigne Pontes de Miranda — que mesmo quando a decisão "não se refere a cada um dêles, nem porisso deixa de fazer coisa julgada para todos, como se fôssem um só litigante" (Cód. Proc. Civil, vol. I, p. 347).

E como a mencionada ressalva não tem fôrça de anular ou neutralizar regra literal de lei de ordem pública, nenhuma dúvida há de que deve ser tida por inexistente no despacho em exame, para tornar-se a legitimidade do réu capaz extensiva aos demais e, de conseguinte, como ponto definitivamente decidido sôbre o assunto, cujo efeito preclusivo não permite se tenha por válido, sem frontal ofensa à **res judicata**, o que ficou decidido, em contrário, sôbre essa matéria, na sentença final e apelada.

O outro conflito entre esta e os falados princípios jurídicos se estampa no entrosamento da questão de legitimação com a de inimputabiildade. Embora ambas envolvam, na sua essência, matéria de mérito, sujeitas se acham, porém, a diferentes normas de direito, eis que a primeira diz respeito às **condições da ação**, isto é, ao interêsse de agir, à qualidade de agir ou de suportar a demanda (legitimação passiva) e ao interêsse jurìdicamente protegido ou direito subjetivo. Todo o exame de mérito há de focalizar êsses três pontos e, como acentua o insuperável Chiovenda, faltando qualquer dêles a ação deve ser rejeitada, sendo ainda de notar que isso ocorre, tanto quando a relação jurídica deduzida pelo autor evidentemente não lhe pertença, como quando, mesmo lhe pertencendo, no entanto, o obrigado seja inegàvelmente outra pessoa que não a do réu.

A exposição do preclaro Seabra Fagundes, sôbre o tema, é, como sempre, meridiana:

> "A legitimidade **ad causam** se confunde com o legítimo interêsse econômico ou moral, basilar do pedido ou da defesa, e a sua inexistência importa carência da ação, segundo a terminologia usual no nosso processo civil. Não se nega a existência do direito,

mas a qualidade do autor para fazê-lo valer (ilegitimidade **ad causam** ativa), ou daquele contra quem se pede para responder ao pedido (ilegitimidade **ad causam** passiva). Existirá uma vontade da lei a se fazer atuar em via judiciária, porém o autor não será o seu titular, ou o réu não será o sujeito passivo da obrigação, cujo implemento se exige. Intentada por outro que seja o legítimo sujeito ativo, ou contra outrem que seja o legítimo sujeito passivo, teria cabimento a ação (Do Recurso Ord., p. 256; e Conceito de Sentença Definitiva, in Rev. Forense, vol. III, págs. 327/332).

Nada disso ocorre, porém, no caso dos autos, onde o interêsse de agir e o direito subjetivo do autor são evidentes, achando-se também, do outro lado, em linha perfeitamente paralela a êles, os atos turbativos dos réus incapazes, em cuja defesa foi reconhecida a respectiva autoria, textualmente: "dado, mas não concedido que os R.R. tenham invadido a posse do A..." (Fls. 58, **in fine**).

Nenhuma dúvida, portanto, de que êles são os sujeitos ativos ou os agentes causadores do fato que justifica, por parte do A. o recurso à via judiciária, como meio de obter a plena restauração do seu direito de posse e tanto mais legítimo quanto na expressão ato, contida no art. 158, III, do Cód. Proc. Civil, se compreende não só o fato constitutivo do direito, mas também o constitutivo da ação (Lopes da Costa, Dir. Proc. Civ. Bras., 1941, vol. I, p. 143), o último dos quais indissimulàvelmente reconhecido na sentença de fls. 51/2. Isto é bastante, por si mesmo, para mostrar que o processo não comporta o debate da questão em exame, única apreciada e resolvida na decisão recorrida, nem o de qualquer outra da mesma natureza, uma vez que nêle se cumpriu a formalidade legal da nomeação do curador à lide, o qual, com o juramento prestado (fls. 32), ficou investido em tôdas as "funções que teria o pai, tutor ou curador, se houvesse de acionar ou defender em juízo os incapazes" (Pontes de Miranda, op. loc. cit., p. 312; art. 80 do C.P.C.).

Na amplitude de tais funções, como é óbvio, está incluída a de suportar o efeito da sentença final, se procedente a ação, os quais incidiram diretamente na pessoa do representante processual dos incapazes, sem margem, portanto, à manifestação do **ridículo** a que alude a decisão apelada, e até que se deferisse a um curador dativo a obrigação pela segurança futura da posse do A., isto é, a obrigação de velar e pugnar por essa segurança, inclusive, promovendo as medidas mais prontas enérgicas e indispensáveis à coibição de novos abusos, porventura praticados pelos incapazes (art. 437 do C.C.). Tudo indica, porém, que seriam inteiramente desnecessárias, já que é o mesmo curador especial, na palavra insuspeita do seu patrono, quem atesta serem os surdos-mudos "pessoas trabalhadoras e ordeiras" (fls. 58), não havendo, assim, risco ou receio de que opusessem resistência a uma ordenação judicial, como não no fizeram ao mandado liminar de fls. 35, acatado e cumprido em todo o curso do processo, que se estendeu de maio a outubro de 1956.

Além disso, êsses réus não poderiam ser enquadrados na categoria dos absolutamente incapazes, a que se refere o art. 5º, III, do citado Código, uma vez que êles, no dizer de uma das próprias testemunhas de defesa — Pedro Cirilo de Oliveira — têm discernimento e podem exprimir e manifestar a sua vontade (fls. 132).

Mas, admitindo-se **ad argumentandum** o fato da sua total incapacidade, ainda assim, não mereceria aplauso a solução adotada na decisão apelada, quer pelo seu aspeto jurídico, quer do ponto de vista do interêsse social.

Examinada pela primeira face, apresenta-se em desarmonia com o sistema do nosso **jus scriptum** que, apesar de reconhecer a incapacidade total dos surdos-mudos impossibilitados de exprimir a sua vontade (art. 5º citado), nem porisso deixa de submetê-los a um regime de curatela parcial e atenuado (art. 451 do C.C.). Naturalmente porque, atendendo ao princípio universal de que a lei deve se ajustar à realidade da vida ou, como diriam os romanos, ao **quod plerumque accidit**, quis o legislador levar em consideração, no particular, a circunstância, já ressaltada por um dos nossos maiores civilistas, de que "é difícil de conceber a existência de um surdo-mudo, não alienado, que não possa, de forma nenhuma, exprimir seu pensamento, por simples sinais convencionais, com os quais se põe em contacto com os seus semelhantes" (Eduardo Espínola, Man. do Cód. Civil, de Paulo de Lacerda, vol. III, parte IV, p. 417).

Denegado, expressamente, no saneador, o exame de sanidade mental dos réus surdos-mudos, aliás requerido pelo advogado dêles, como se vê do término da contestação de fls. 58, é intuitiva a conclusão de que não poderia ser declarada, afinal, a sua incapacidade total, não só pelos motivos já expostos, mas principalmente em reverência ao cânon latente no direito de todos os povos cultos, e que estabelece a presunção **juris tantum** da plena capacidade civil das pessoas emancipadas.

E visto pelo seu outro e mais importante prisma — o do interêsse social — se evidencia que o **decisum** recorrido também inaugura um ciclo de insegurança e intranquilidade na Comarca de Maracás, onde a sua mais alta autoridade, ao reconhecer e proclamar a absoluta irresponsabilidade dos violadores da posse do A., todavia, nenhuma providência determinou, ao menos que conste dos autos, no sentido de prevenir os malefícios de futuros desatinos, dando-lhes, portanto, carta branca para que, em franco e aberto desafio ao preceito do art. 141, § 16, da Constituição, possam usar e abusar da propriedade alheia, como queiram e entendam.

O simples esbôço dessa situação anômala e deplorável, já entrevista, na sentença de fls. 51/2, como possível de se tornar permanente, mostra como até os espíritos fortes e bem cultivados, quando se deixou empolgar pelas abstrações do **summum jus**, também podem ser arrastados para os abismos da **summa injuria**.

Acorda, pois, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, à unanimidade, em dar provimento à apelação para, considerando os réus surdos-mudos como partes legítimas no

processo, determinar que o ilustrado juiz a quo, quanto a êles, também se manifeste sôbre o mérito do pedido inicial, decidindo como entender de direito e justiça.

Salvador, 11 de março de 1958.

Moreira Caldas — Presidente.
Mirabeau Cotias — Relator
Martins de Almeida — Relator.
Amarílio Benjamin — 3º julgador
Fui presente: **J. Calmon de Passos.**

ELEIÇÕES — PREFEITO — FALTA DE QUORUM — ILEGALIDADE — Falecido o Prefeito, a eleição do seu substituto deve realizar-se, na omissão de Lei Orgânica, pela forma prevista no Regimento Interno da Câmara Municipal. Ilegítima é a eleição efetuada com menos de metade mais um dos membros da Câmara Municipal.

Ag. n. 6576 — Relator: **DES. ADERBAL GONÇALVES**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Petição, em Mandado de Segurança, de Ibipetuba, n. 6.576, Agravante José Antônio Nogueira e Agravada Vicentina Guedes da Cunha.

Acordam os Juízes da 1.ª Câmara Cível, unânimemente, negar provimento ao recurso, confirmando **in totum** a decisão do primeiro grau, por seus próprios fundamentos jurídicos e certeza de apreciação da matéria, custas na forma regular.

Trata-se na hipótese de um mandado de segurança interposto no juízo **"a quo"** pelo Recorrente, Prefeito eleito pela respectiva Câmara de Vereadores, em face do falecimnto do antigo Prefeito, contra a Tesouraria da mesma Prefeitura Vicentina Guedes da Cunha, que, não tomando conhecimento de sua eleição, impedelhe por todos os meios o exercício das suas funções, estando à frente da dita Prefeitura, em franca e ilegal usurpação.

Indeferida a Segurança, dela recorreu o Impetrante para esta Instância, sendo liminarmente tomado o parecer do Dr. Procurador da Justiça a fls. 164. Falecido o antigo Prefeito de Ibipetuba, deveria a eleição do seu substituto se realizar, indiretamente, pela Câmara Municipal. Esta, entretanto, não tinha conseguido, ainda, reunir-se para a escolha de sua Comissão Executiva, razão pela qual o Recorrente, por ser o mais velho, achou-se no direito de convocá-la para realização da eleição prevista na lei.

Não foi regular tal procedimento, como bem demonstra a sentença recorrida, pois sendo omissa a Lei Orgânica, deveriam os srs. Vereadores se socorrer do Regimento Interno da Câmara Municipal, que contém dispositivo de inteira aplicação analógica, quando dispondo sôbre a hipótese da renuncia total ou parcial da Mesa, determina assuma a Presidência o Vereador mais votado, para que, de logo, proceda novas eleições.

Por outro lado, como bem analisa a douta Procuradoria ilegítima ainda seria a eleição procedida, porque presentes menos de metade e mais um dos membros da Câmara, não sendo possível que exigido êste **quorum** para deliberações comuns, se admitisse número menor de Vereadores para um **quorum** que, em regra, é sempre qualificado.

Tem, portanto, razões S. Excia. quando pondera que o **impasse criado é de origem política** e só em têrmos políticos poderá ser removido.

Vale, ainda lembrar, que o parágrafo único do art. 56 da mencionada Lei determina que, não obtida maioria absoluta no primeiro escrutínio, se atenderá à maioria relativa no segundo, **mas não autoriza um segundo escrutínio** com a presença de qualquer número de vereadores. A Lei não faz exceção quanto à presença da maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal

Salvador, em sessão de 12—X—960

Aderbal Gonçalves — Presidente e Relator.
Dan Lobão — Revisor *
A. Mirabeau Cotias
Fui presente — **Calmon de Passos**

---

* Juiz convocado.

MANDATO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE — DESCABIMENTO — A Resolução da Câmara Municipal tem todos os requisitos e caracteres de Lei: a obrigatòriedade a generalidade e a persistência. Não cabe o mandado de segurança contra a lei em tese.

Ag. n. 6823 — Relator: **DES. ARNALDO DE A ALCANTARA**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição n. 6823 — in Mandado de Segurança da Capital, sendo agravantes: a Câmara de Vereadores do Município do Salvador e outros e agravada: a Prefeitura do mesmo Município:

Acordam os Juízes da Turma da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia: a) em REJEITAR, por maioria de votos, a preliminar de não ser cabível o remédio do parágrafo 24 do art. 141 da Constituição Federal, entre órgãos municipais: Prefeitura e Câmara de Vereadores; e, b) ACOLHER, à unanimidade, a preliminar de não ser admissível o mandado de segurança contra lei em tese, ficando conseqüentemente, CASSADA a medida concedida pela sentença de fls. pelas razoes seguintes:

I — Fica o relatório de fls. 112 e 113 fazendo parte desta decisão.

II — Assura-se da longa inicial que a Prefeitura do Município do Salvador impetrou a presente segurança: COM O ESCÔPO PRECÍPUO DE OBTER DO PODER JUDICIÁRIO A DECRETAÇÃO DA INSUBSISTÊNCIA DA RESOLUÇÃO n. 113 de 1960, em decorrência das ilegalidades viscerais que a contaminam.

A Câmara Municipal, ao informar, fundamenta a sua atitude no parecer de fls. 43 a 59,

e, nessa peça, afinal assegura o eminente Prof. Lafayette Pondé:

"Assim, além de inexistente qualquer **direito** a ser protegido, além de faltar ao Prefeito a posição jurídica de **sujeito de direito**, o MANDADO é remédio INIDÔNEO CONTRA UMA LEI em tese, senão contra a execução mesma desta lei pelo próprio impetrante".

E o Dr. Juiz **a quo** repeliu a preliminar de inidoneidade do remédio e sustentou que a jurisprudência tem admitido sua impetração não só para a defesa dos direitos individuais comuns, como também para a proteção de direitos políticos, desde que cerceados no seu exercício individual pela Administração ou pela propria corporação legislativa. Entendeu que a Resolução de n. 113 de qualquer jeito perde a vivência pela votação com o desconhecimento do impetrante. Finalmente considerou o direito líquido e certo do impetrante e concedeu a segurança NOS TÊRMOS a fls. 15.

Inconformados, os impetrados agravaram tempestivamente, fls. 120 a 136. Sustentam os pontos de vista da informação, e insistem nas preliminares argüidas. A agravada norteia a contraminuta nos fundamentos do petitório inicial já agora esposados pelo juízo singular.

Nesta instância, ouviu-se a palavra fluente e brilhante do Prof. Calmon de Passos — 4.º Sub-Procurador Geral — que exerceu as elevadas funções de Procurador Geral da Justiça, com excepcionais virtudes morais e intelectuais, tendo dado o vasto e largo parecer de fls. 199 a 262.

Afinal levantou as preliminares:

a) podem as pessoas jurídicas de direito público ser legitimadas, ativamente, para o mandado de segurança;

b) podem os órgãos das pessoas jurídicas do direito público impetrar mandado de segurança contra órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica, ou seja, têm os órgãos capacidade de ser parte;

c) a espécie dos autos configura um mandado de segurança impetrado anômalamente pelo Chefe do Executivo contra órgão que lhe está subordinado hieràrquicamente. Na assentada dêste julgamento aduziu a de: "se o mandado de segurança é remédio idôneo contra uma lei em tese". Os autos estão preparados.

Assim relatados e discutidos, a Turma, por maioria, rejeitou a preliminar: "de não ser cabível o remédio do parágrafo 24 do art. 141 da Constituição Federal entre órgãos municipais: Prefeitura e Câmara de Vereadores", e o fêz, alicerçada na jurisprudência dos Tribunais do País, conforme acórdãos seguintes: do Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul in Mandado de Segurança n. 55 entre partes: CÂMARA DE VEREADORES e Comissão Representativa da Assembléia Legislativa do Estado e PREFEITO MUNICIPAL. E nêle os juízes assentaram que: AS CÂMARAS DE VEREADORES TÊM CAPACIDADE PROCESSUAL, UMA VEZ QUE EXERCITAM ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS — pub. nas Rev. de Dir. Administrativo — vol 15 pág. 45—46 — e, Forense vol. 122 pág. 505; do Venerando Sup. Trib. Fed. no Mandado de Segurança n. 2072 do Pará, firmou que: TODA PESSOA FISICA OU JURIDICA pode impetrar mandado de segurança e que DIREITOS INDIVIDUAIS NÃO SÃO APENAS DIREITOS PRIVADOS, MAS TAMBÉM PÚBLICOS, desde que a lei 1533 e a Constituição não limitam o uso do mesmo às pessoas naturais, publicado in Arq. Jud. vol. III — Fasc. 3.º, pág. 250; do Trib. de Justiça do Ceará, no ag. 2488, de 25 de agôsto de 1955, publicado no "O Proc. Civ. à Luz da Jurisprudência", estabeleceu que: O Mandado de Segurança é remédio jurídico para impedir a ingerência da CÂMARA DE VEREADORES no exercício do mandato do PREFEITO.

Portanto, legítimo no processo o Chefe do Executivo Municipal; como legítimo o S, ao repelir o remédio, o Chefe da Câmara da mesma pessoa jurídica do Dir. Público.

A Carta Política Nacional no § 24 do art 141 determina:

"Para proteger direito líquido e certo não amparado por **habeas-corpus**, CONCEDER-SE-Á MANDADO DE SEGURANÇA, SEJA QUAL FÔR A AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELA ILEGALIDADE ou ABUSO DE PODER".

Em consonância com o texto constitucional, a Lei Fed. n. 1533 de 31 de dezembro de 1951, no art. 1.º dispõe:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas-corpus**, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou haver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria fôr e sejam quais forem as funções que exercer.

Em vista dos julgados e dos preceitos legais, e da doutrina que:

"O alguém a que se refere o art. 1.º da Lei 1533, não limita o uso da mesma ao indivíduo, à pessoa física, mas abrange qualquer entidade do direito público que se sinta prejudicada". (Parecer in ag. 74.842 admitido pela 2.ª Câmara do Trib. de Just. de São Paulo pub. na Rev. dos Trib. vol. 250 — pag. 262). Também esta Câmara achou a parte da Prefeitura — legítima **ad processum** e gozando a Câmara do mesmo direito processual

Cuidando-se da **segunda preliminar** de "SER O MANDADO DE SEGURANÇA REMÉDIO CONTRA UMA LEI EM TESE", argüida pelos Professores, patrono dos impetrados e representante do Ministério Público — a Turma, à unanimidade, a ACOLHEU pelas razões seguintes:

A impetrante requereu na inicial como ESCOPO PRECIPUO que o Poder Judiciário DECRETE A INSUBSISTÊNCIA DA RESOLUÇÃO n. 113 em decorrência das ilegalidades viscerais que a contaminam, e, o digno Dr. a quo, no decisório de fls. concluiu às fls. 115 — "julgando o pedido procedente e determinou a expedição do Mandado de Segurança nos Têrmos a fls. 15". Ora, decretou a insubsistência da dita Resolução — pois isto fôra alí às fls 15 pedido.

Vejamos a Resolução 113, ponto vital do dissídio entre Prefeitura e Câmara, (fls. 80) que resolve: TRANSFORMAR O QUADRO DO PESSOAL DA SECRETARIA DA CAMARA MUNICIPAL DO SALVADOR em QUADRO ESPECIAL DO PESSOAL DA SECRETARIA DA CÂMARA MUNICIPAL DA CIDADE DO SALVADOR e dá outras providências.

Em seguida: A Mesa da Câmara Municipal da Cidade do Salvador, FAZ SABER QUE O PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL PROMULGA e MANDA PUBLICAR, para os devidos efeitos, a SEGUINTE RESOLUÇÃO:

Art. 1.º — O atual Quadro do Pessoal da Secretaria da Câmara Municipal da Cidade do

Salvador passa a denominar-se Quadro Especial do Pessoal da Secretaria da Câmara Municipal da Cidade do Salvador e os VALORES DOS PADRÕES e SÍMBOLOS PASSAM A SER OS CONSTANTES DAS TABELAS ANEXAS.

Indaga-se, a quem a lei deu competência para legislar sôbre o objeto da Resolução indicada?

A Lei Est n. 140 de 22 de dezembro de 1948 (Lei Orgânica dos Municípios da Bahia) no art. 53 determinou:

É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA CÂMARA MUNICIPAL: N. III — Organizar sua polícia e SECRETARIA — CRIANDO CARGOS, FIXANDO-LHES atribuições e VENCIMENTOS NOMEANDO, DEMITINDO ou aposentando os RESPECTIVOS FUNCIONÁRIOS de acôrdo com a lei.

E, a Lei 376 de 1.º de fevereiro de 1951 rege o Município do Salvador — foi elaborada e promulgada por fôrça do preceituado no § único do art. 94 da Constituição da Bahia, de que:

"O MUNICÍPIO DA CAPITAL REGER-SE-Á POR LEI ORGÂNICA ESPECIAL, VOTADA PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA"

E, a Lei 376 — art. 18 — inciso I. dá COMPETÊNCIA EXCLUSIVA à CAMARA nos moldes do art. 53, inciso III, da Lei 140 já reportada.

À vista da contenda, cuidou-se de examinar no dicionário de Caldas Aulete o sentido da palavra: EXCLUSIVA, e. e lá vem: EXCLUSÃO, DIREITO DE EXCLUIR. E, EXCLUIR disse: NÃO ADMITIR. Ora, sendo a Resolução da Câmara agravante, em MATÉRIA de sua EXCLUSIVA COMPETÊNCIA — dada pelas Constituição e Lei Orgânica n. 376, lógico que ficou excluída a interferência da Prefeitura, por incompetência, de pedir em juízo a DECRETAÇÃO DA SUA INSUBSISTÊNCIA (fls. 15) já que, ela não se apresenta com vício de inconstitucionalidade.

Portanto, assentada na hipótese a tese de ter a Resolução 113 a fôrça de lei, nos moldes do art. 25 da Carta Constitucional da Bahia, assim: As leis e RESOLUÇÕES DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER LEGISLATIVO SERÃO PROMULGADAS E MANDADAS PUBLICAR PELA MESA DA ASSEMBLÉIA ou da Seção Permanente e do art. 66 § 5.º da Lei 140, de 22-12-48

Vê-se que a Segurança se dirigiu contra lei em tese. Mas, é tranquila o jurisprudência dos nossos Tribunais, inclusive da mais alta Côrte de Justiça ser o remédio inadmissível contra ela em tese. O que legitima é ser ato da autoridade contrário à Lei ou fundado em Lei inconstitucional.

Ora, não se pode negar à Resolução da Câmara de Vereadores o "caráter de lei pròpriamente dita, de norma jurídica atípica, formal e material". De fato, ela preenche os requisitos ou todos os caracteres de lei, isto é, "a obrigatoriedade, a generalidade e a persistência". Poder-se-ia alegar que a Resolução não é uma regra geral, porque não se aplica a todos os indivíduos — porém, basta que se aplique a uma categoria de pessoas que se encontram nas mesmas condições. E, "deve ser regra abstrata que não vise portanto, a uma situação individual ou concreta".

Hely Lopes Meireles escreve:

"A lei desde que promulgada regularmente erige-se em forma autônoma, abstrata, geral, obrigatória INATACÁVEL pelo judiciário ENQUANTO não produzir seus efeitos sob a forma concreta de ATOS ADMINISTRATIVOS".

Logo, convertido o mandamento da lei em ato de administração, pode então o interessado impugnar-lhe a validade, o que importa assinalar é que, de um modo geral, o JUDICIÁRIO NÃO CONTROLE A LEI, MAS SIM O ATO ADMINISTRATIVO DELA RESULTANTE".

"Só por via indireta a lei é examinada em seu conteudo (não em sua forma) para o aferimento com as normas superiores constitucionais ou ordinárias". (Direito Municipal Brasileiro pag. 687).

Pontes de Miranda com a sua peculiar proficiência afirma:

"Que não ameaça ou ofende o Direito, quem faz a regra jurídica, a norma agenda, mas SIM QUEM A APLICA".

Luiz Machado Guimarães in Comentários ao Cód. de Proc. Civ. ed. Rev. For. vol. IV, n. 347, in fine — pag. 356 explica que: "ESTÃO COMPREENDIDOS NA EXPRESSÃO — autoridade — todos os agentes do Poder Público, em quaisquer de seus ramos". "Incluem-se tambem entre elas os juízes e tribunais e as corporações legislativas — EM RELAÇÃO aos atos ADMINISTRATIVOS que elas pratiquem, não há controvérsia".

O Ministro Castro Nunes pondera que "AUTORIDADES LEGISLATIVAS só podem ser as que, na direção dos trabalhos das Câmaras Legislativas, pratiquem atos de NATUREZA ADMINISTRATIVA; que êsses atos NÃO LEGISLATIVOS, mas oriundos de autoridades legislativas — OS QUE PODEM AUTORIZAR O MANDADO DE SEGURANÇA" (Do Mandado de Segurança — pag. 80).

O Ministro Orosimbo Nonato, no Mandado de Segurança n. 768 conforme acórdão de 4 de dezembro de 1946 afirmou: "CONTRA A LEI EM TESE NÃO CABE O MANDADO DE SEGURANÇA".

Seabra Fagundes por outro lado assegura: "Em princípio, todos os ATOS ADMINISTRATIVOS NO SENTIDO FORMAL, isto é, TODOS OS ATOS EMANADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA caem na sua compreensão".

A JURISPRUDÊNCIA: O Venerando Supremo Trib. Fed. em os Acórdãos: de 8 de novembro de 1935 e de 11 de setembro de 1936; do Trib. de Just. de São Paulo de 13 de fevereiro de 1935 in Rev. dos Trib. vol. 95 pag. 69; de Minas Gerais in Rev. Forense vol. 66 pag. 569, e do Ceará pub. no Arq. Jud. 35 pag. 313 — assentaram que "CONTRA A LEI EM TESE NÃO CABE o mandado de segurança", e noutro lance: "que É INADMISSÍVEL o mandado de segurança SE NÃO HOUVER UMA APLICAÇÃO DA LEI EM CONCRETO".

A citação feita pelo jovem e culto Sr. Dr. Procurador do Município (fls. 88) foi omissa, pois, já nos TERMOS DA LEI DE ORGANIZAÇÃO MUNICIPAL DE MINAS GERAIS — A CRIAÇÃO DE CARGOS DA SECRETARIA DA CAMARA DOS VEREADORES DEPENDE DE INICIATIVA DO PREFEITO, a quem cabe prevê-los — inaplicável ao caso bahiano. Aqui ocorre o inverso.

É da competência da Câmara, portanto, contra essa Resolução que se apresenta com as características de lei regular — foge do âmbito da segurança. Ademais, "se a lei, o decreto ou o regulamento, ou outro corpo de regra jurídica, prevê quem há de aplicar a ação do Mandado de Segurança vai contra quem a terá de aplicar — (se se trata de mandado preventivo)

ou quem iniciou ou ultimou a aplicação, NÃO CONTRA QUEM FEZ A LEI, O DECRETO, O REGULAMENTO, O REGIMENTO, AS INSTRUÇÕES, O AVISO — O QUE QUER QUE SEJA".

A Resolução 113 prevê o cumprimento pelo Prefeito e não seria possível êste requerer mandado de segurança contra essa lei. Ficam endossados os ensinamentos dos Profs. Lafayette Pondé e Calmon de Passos a respeito da tese ora esposada neste julgado — "DO NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE".

Conseqüentemente, fica cassada a segurança concedida pelo decisório de fls.

Custas como de lei.

Salvador, 6 de setembro de 1961.

Adolfo Leitão Guerra — Presidente com voto.
Arnaldo de A. Alcântara — Relator. *
Viana de Castro. *
Fuo presente — **Calmon de Passos.**

---

* Juízes convocados.

AÇÃO EXECUTIVA CAMBIAL. EXAME GRÁFICO. PERÍCIA CONTÁBIL. OMISSÃO DO MÉRITO NO APÊLO. DEBATE ORAL DE PARTE ÚNICA, E RESUMIDO. AUSÊNCIA DE PROVA E ENCERRAMENTO DA AUDIÊNCIA INSTRUTIVA. PROMISSÓRIA EM BRANCO E SEU PREENCHIMENTO.

— Sem procedência o agravo por negação de perícia contábil se a parte recorrida esclarece não possuir escrita para ser examinada, e a dívida, sob garantia cambial, ter origem apenas em quantia particularmente emprestada, o que substancia o fato do processo chegar ao término sem a mínima prova, pela recorrente, de possuir a agravada escrita comercial. Até a prova testemunhal daria margem à perícia contábil, em qualquer fase processual.

— Despiciendo um exame gráfico, nas promissórias, visando provar não conferir a letra da assinatura COM A DO PREENCHIMENTO DAS DATAS INDICATIVAS DE CADA VENCIMENTO, quando o portador confessa haver êle mesmo preenchido as promissórias emitidas em branco.

— A rigor fica sem configuração lógica o debate oral onde inexiste a fala mútua das partes, mas da irregularidade a culpa seria imputável à ré, hoje apelante, que, apesar da intimação para dita audiência instrutiva e de julgamento, a desatendeu.

— Na hipótese de nenhuma prova realizar-se ou ter requerimento, cabe ao Juiz, logo, a abertura do debate oral, determinando em seguida o preparo dos autos para julgamento.

— Uma vez assinada a letra promissória, os demais requisitos podem ser preenchidos pelo seu portador, como autorizam os §§ 1.º, 2.º e 4.º da Lei n. 2.044, de 1908.

— Descabe ao Juízo AD QUEM o aprêço e decisão a respeito de matéria sôbre o mérito que silencia o recorrente.

Ap. n.º 5581 — Relator: **DES. VIRGILIO MELO**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 5.581, da Capital — apelante, Indústria de Lavagem Abaeté — apelado, Francisco Aberceb Ltda.

Preliminarmente.

O D. Dr. Juiz de Direito da Vara dos Feitos Comerciais, proferiu, a fls. 24, despacho saneador no qual achou as partes regularmente representadas etc.. Em face, porém, do requerimento de fls. 28 a 29, dos autos, pedindo ao Juiz atenção para o quanto impugnara a respeito da desnecessidade dos exames periciais requeridos pela parte ré o a quo achou por bem reformar aquêle despacho do seguinte modo:

— "Busca a ré, já que os réus são revéis, com a perícia contábil verificar o lançamento na escrita do autor dos títulos ajuizados. Acontece que o autor declara não ter escrita e que, mesmo a tivesse, se tratando de empréstimo particular de dinheiro, êle não estaria escriturado. Desnecessária, pois, tal perícia. Com a perícia grafotécnica procura provar que os títulos (promissórias) entregues em branco, foram, posteriormente, preenchidos seus claros por outrem que não a ré ou alguns dos réus. O autor às fls. 25—26 confessa quem preencheu os claros da promissória. Destarte esta perícia, também, se deferida, seria inócua. Desta maneira também a indefiro" — Fls. 31.

Devido ao último despacho, a firma "Indústria de Lavagem Abaeté Ltda." (parte ré) agravou, no auto do processo, arrimada no art. 851, II, do Código de Processo Civil.

Procurando fundamentar o agravo, estendeu-se o recorrente em muitas razões (fls. 33 a 36), mas tem de cingir-se ao objeto do art. 851, II, rezando:

— Caberá agravo no auto do processo, das decisões que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado.

Sem cabimento o agravo por negação da perícia contábil uma vez que a parte recorrida esclarece não possuir escrita para ser examinada, e a dívida, sob garantia cambial, originar-se de quantia particularmente emprestada, o que tem substância no fato do processo ultimar-se sem que a parte agravante fizesse a mínima prova da agravada possuir escrita comercial. Até a prova testemunhal daria margem à perícia contábil em qualquer fase processual.

Despiciendo um exame gráfico nas promissórias, visando provar não conferir a letra da assinatura com a letra do preenchimento das datas indicativas de cada vencimento, quando o portador confessa haver êle mesmo preenchido as promissórias emitidas em branco.

Tal exame, quase sempre de natureza inconsistente, e a que o Juiz não fica obrigado a aceitar, declina de importância em face da referida confissão do autor. Inúmeras vêzes se tem verificado que as respostas dos peritos se inclinam para atendimento à conveniência de seus indicadores.

Num interessante livro, sob o título NOVA TEORIA DA PROVA, à pag. 175 diz o Dr ANTONIO DELLEPIANE, catedrático da Universidade de Buenos Aires:

— "Parece-nos conveniente ressaltar que, embora chamados a complementar ou a suprir os conhecimentos do Juiz, ilustrando-o sôbre questão de fato, que exige saber especializado, os peritos não obrigam com a sua opinião o Magistrado, nem o eximem do dever crítico inerente e essencial ao processo reconstrutivo, cientificamente encaminhado de acôrdo com o método exposto. Êste dever impõe-se com maior rigor ainda tratando-se de certos peritos, especialmente nomeados pelas partes, os quais, por uma tendência muito humana e explicável, vêem as coisas pelo mesmo prisma que o litigante que os propôs".

Êsse o motivo, afirmo, que, bastas vêzes, o perito desempatador é chamado a oferecer, também, um laudo. Nenhum prejuízo deu ao recorrente o Juiz do 1.º grau ao indeferir as perícias, que teriam, sòmente, objetivo protelatório.

Institui o art. 112 do Código de Processo Civil: — "O Juiz dirigirá o processo por forma que assegure à causa andamento rápido, sem prejuízo da defêsa dos interessados".

E o art. 117: "A requerimento, ou ex-officio, o Juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto requeridas com propósito protelatório".

Pelas considerações feitas a 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade, negou provimento ao agravo no auto do processo.

Segue o exame a respeito da liminar de nulidade quanto à sentença.

Num prodígio de síntese a apelante limitou-se a escrever, como razão do apêlo:

"Nula a sentença: ausência de audiência, debate oral. Motivos óbvios (prestígio de acórdãos nas apelações 4.408 e 4.189 Bahia). É o que pede, com os consectários lógicos".

Realizou-se no dia 31 de maio de 1960 a audiência para instrução e julgamento sem o comparecer da parte ré, hoje apelante, nem o de seu patrono.

O autor, por seu advogado, pediu, então, desistência das provas e que o Juiz proferisse a decisão, condenando a parte ré em tudo quanto ficou solicitado na petição inicial. Súmula, aí, de razões na audiência, ao gôsto da apelante que, em 3 linhas, arrazoou o apêlo (fls. 70).

A rigor fica sem definição lógica o debate oral, onde inexiste a fala mútua das partes, mas a irregularidade, se ocorresse com sentido de culpa, seria imputável à ré (apelante) que, apesar da intimação para aquela audiência instrutiva e de julgamento, nem através de advogado compareceu. Para o depoimento pessoal muito menos.

Estabelece o art. 266, II do Código de Processo Civ.

— No caso de ausência da pessoa cujo comparecimento fôr exigido, se do procurador do réu o Juiz dispensará a produção de suas provas.

Tal dispensa atendeu o a quo a pedido feito pelo autor, contudo poderia fazê-lo ex-officio. A audiência foi imediatamente conduzida ao debate oral, conforme exposto acima, unilateralmente, e o Juiz determinou o preparo dos autos para o julgamento.

Todavia na hipótese de ausência do debate oral, nenhuma nulidade surgiria porque imprevista em lei.

— Designados no despacho saneador, dia e hora para a realização da audiência de instrução e julgamento, e publicado tal despacho no Diário da Justiça, cabia, ao Juiz proferir a sentença, mesmo à revelia da parte (ac. do T. A. do D. F. vol. XI, pags. 228 e 229 do livro **"O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, de Alexandre de Paula"**).

— Para ilidir por completo a equívoca nulidade, muito a propósito a citação do acórdão unânime do T.J.F., em os embargos no recurso extraordinário inserto às pags. 292—293 do livro citado: — "NÃO SE ANULA o processo por omissão de debate oral, se nenhum prejuízo resultou para os litigantes".

A 1.ª Câmara Cível, ainda por unanimidade, desprezou a nulidade, que o apelante argüiu.

DE MERITIS

A apelante nada focalizou de referência ao mérito, dando a presunção legal de aceitar as premissas e também a conclusão da sentença apelada. Defeso ao Juizo do 2.º grau a apreciação e o julgamento da matéria que a apelante desprezou ou não teve para trazer à Instância Superior.

Dêsse jeito, segundo ensinam os mestres de processualística, passou em julgado a sentença que, no mérito, julgou procedente a ação.

No caso de recurso parcial — instrui ODILON DE ANDRADE — a parte da decisão que dêle não é objeto, e com o qual, portanto, se conforma o recorrente, transita em julgado (pag. 132, do livro COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL do citado autor).

Mais percuciente OSVALDO PINTO DO AMARAL com esta elucidação:

— A interposição do recurso é feita por petição que já contém a exposição do fato e do direito com as razões do pedido de nova decisão. A especificação da parte de que se recorre, deve pois ser feita na própria petição, esclarecendo-se, de logo, qual o ponto a ser objeto de novo exame. Assim delimitado o recurso, não poderá o Juízo ad quem ampliar a sua apreciação e julgamento a outras partes da sentença, independente da matéria recorrida (pag. 13 do livro CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, coment. pelo referido autor).

A interposição de recurso — leciona SEABRA FAGUNDES — supõe inconformidade do recorrente com a sentença de primeiro grau, seja por se lhe afigurar nula (desobediência a formalidades prescritas na lei), seja por lhe parecer injusta (má apuração dos fatos ou defeituosa aplicação do direito material).

Por outro lado, importa na impugnação do ato do poder público, que se presume válido e com fôrça obrigatória.

Demais disso, o recurso vem procrastinar a solução do litígio, fazendo-o pendente até a nova sentença o que contraria o interêsse público do restabelecimento da paz social.

Por tôdas essas razões, conclui SEABRA FAGUNDES, isto é, pelo que pede o recorrente, pela natureza do ato que ataca e pelas consequências de sua atitude, faz-se mister que decline os motivos da inconformidade com a sentença.

São as alegações do recorrente que demarcom a extensão do contraditório perante o Juízo **ad quem**, ou seja, que fixam, no caso concreto, o alcance da jurisdição (V. pag. 101 do livro DOS RECURSOS ORDINÁRIOS EM MATÉRIA CIVIL — aut. cit.).

Em que pesem ditas ponderações devo acentuar à Superior Instância, alguns pontos do mérito, para o mais amplo descortínio da Justiça no exame do feito **sub-judice**.

A parte ré negou-se a comparecer para dar depoimento pessoal e ficou passível da pena de confesso (art. 229 § 2.º do Código de Proc. Civil) que as provas dos autos levam a aplicação por estar conforme os títulos líquidos e certos (fls. 6, 8 e 9).

A confissão ficta merece aceitação porque o articulado 2.º da inicial ressaltado se acha nas promissórias descrevendo a dívida: duas no valor de Cr$ 250.000,00, cada uma, emitidas em 27 de fevereiro, sendo emitente a Indústria de Lavagem Abaeté Ltda. e avalistas os Srs. Édio Gantois e Manoel Fernandes Cintra Monteiro, vencidas em 27 de junho de 1959 e endossadas ao suplicante em 27 de maio de 1959, Izaias Reis; uma, no valor de Cr$ 500.000,00, emitida em 3 de dezembro de 1958, pela "Indústria de Lavagem Abaeté Ltda", avalizada por Édio Gantois e Manoel Fernandes Cintra Monteiro, vencida em 30 de abril de 1959, ocasião em que o suplicante recebeu a parcela de Cr$ .. 250.000,00 para crédito desta última promissória

A recorrente deseja a desvalia das promissórias porque, alega, o portador não podia preencher a data do vencimento. Engano. Os jurisperitos, os doutos em assuntos cambiais acertam ao dizer que o portador, uma vez que a promissória tenha a devida assinatura, pode preencher todos os requisitos do título.

Não procede a argüição... "de não serem notas **promissórias os títulos ajuizados**, por faltar um de seus característicos, qual seja o nome da pessoa a quem deve ser paga, porquanto, uma vez que a cambial pode ser emitida completamente redigida com todos os requisitos essenciais, ou com falta de algum, ou mesmo de todos êsses requisitos, menos um que é **a assinatura de quem a emite, do que** resulta ser lícita a emissão e giro da cambial incompleta, como lançamento dos requisitos essenciais porteriormente à emissão pelo portador do título (Dr. Paulo de Lacerda, pags. 34 e 35 de A CAMBIAL, Côrte de Justiça — Rev. do Sup. Trib., vol. LIX, pág. 369 — in pág. 360—361 do livro de Jurisprudência Cambial de TITO FULGÊNCIO.

As promissórias de fls. 6, 8 e 9 estão devidamente assinadas e sob as exigências legais para os efeitos da cobrança executiva, e tanto valem que a apelante, de nenhum modo, impugnou o pagamento da quantia de Cr$ ..... 250.000,00, feita por conta da dívida, referente à "letra" de Cr$ 500.000,00 à fls. 6 com a respectiva acusação no verso.

Eis a razão porque, sem discrepância de votos, os Juízes da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça negam provimento à apelação e confirmam, por inteiro, a sentença recorrida.

Bahia, 2 de agôsto de 1961.

Adolfo Leitão Guerra — Presidente.
Virgílio Melo — Relator. *
Mirabeau Cotias — Revisor.
Arnaldo de A. Alcântara. *

---

* Juízes convocados.

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO — TESTEMUNHAS — IMPERÍCIA — EXAME PERICIAL — CASO FORTUITO — CULPA PRESUMIDA

São inócuas para a defesa e têm fôrça probante em favor da parte autora as testemunhas do réu, que se contradizem.

Revela imperícia o chofer que, à falta do freio, não maneja as alavancas do carro a fim de amortecer a corrida, nem busina para alertar os pedestres.

Rejeita-se a defêsa que alega, sem provar, caso fortuito e nem ao menos formula, na perícia, um quesito à espécie.

Mesmo sem ter associação direta no evento danoso, presume-se, legalmente, a culpa da Emprêsa de Transportes que não conduz à Justiça prova de caso fortuito ou fôrça maior.

Relator: — DES. VIRGILIO MELO

A C O R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da Capital, n. 4.873, sendo apelante Mario Dias Ribeiro e apelado Virgilio Coutinho.

As Câmaras Cíveis Reunidas decidiram, por maioria de votos, nos embargos de nulidade e infringentes do julgado requerido pelo apelante, rejeitar a preliminar do não cabimento do recurso, e, à unanimidade, receber os embargos para, anulando o acórdão embargado, determinar que a 1ª Câmara Cível decida sôbre o mérito da causa.

Vale ressaltar logo que se acha a fls. 71 o auto de qualificação das testemunhas arroladas pelo A., mas, em verdade, elas não foram ouvidas, nem se esclareceu o motivo disso.

As testemunhas da parte ré, embora sem proibição legal, têm de ser examinadas com especial sentido, pois, a de nome Ricardo Coutinho (fls. 77), como chofer do ônibus pertencente à Emprêsa de Transporte Santo Antônio Ltda., da qual é proprietário Mario Dias Ribeiro (apelante), foi exatamente quem **fez o atropêlo e danificou a barraca** levando aos conseqüentes prejuízos nas mercadorias de Virgílio Coutinho (apelado).

A outra testemunha, José Marques e Cerqueira (fls. 78), declara ser gerente da garagem da Emprêsa do recorrente e desempenhar as funções de seu cobrador.

Por motivos óbvios, os depoimentos de tais pessoas teriam de ser em favor do patrão dito Mario Dias Ribeiro, a quem serviam e tinham de obedecer, como empregados, sob pena de prejuízo fácil de compreensão. Mas, de modo surpreendente, em nada favorece-

ram ao patrão réu, e até se tornaram úteis à defesa pelas contradições dos depoimentos.

A primeira testemunha expõe que dirigia o ônibus, e, quando descia a ladeira do Tanque, deparou-se com uma carroça que "saía do fundo de dois carros", passando assim, à contramão, etc.

A segunda testemunha fala, apenas, em uma carroça que surgiu em sentido contrário.

Ambas as testemunhas dizem que o junço do ônibus furou quando o chofer lançou mão do freio e, assim, o carro se jogou contra a carroça.

Isso demonstra que o chofer (a test. Ricardo Coutinho) foi imperito ao fazer uso do freio, e bem assim porque não tentou manejar as alavancas de marcha a fim de amortecer a corrida do ônibus — medida do conhecimento de quem sabe dirigir carro. Nem sequer businou para evitar o atropêlo dos pedestres, sendo que 2 morreram sob as rodas do ônibus.

Afirmam, ainda, o motorista Ricardo e o gerente José Cerqueira, que sòmente de raspão o veículo atingiu a barraca do autor, dando-lhe um prejuízo muito pequeno, uma vez, dizem que a mesma nem chegou a ser derrubada.

Todavia, o laudo do exame pericial, feito na polícia, a que o apelante dá grande valor, chega a declarar a fls. 95, que "responde pela improcedência desta ação" o laudo silencia por completo sôbre os danos causados aos bens do autor (barraca e mercadorias) e confessam os peritos que não possuem elementos para esclarecer se houve negligência imperícia ou imprudência.

Pretende o réu, hoje apelante, inculpar-se com a alegação de que o succedido em aprêço decorreu de um caso fortuito. Cumpria-lhe provar sua existência, o que em absoluto não fez, deixando de formular ao perito que indicou um quesito à espécie.

Em acórdão do Tribunal Federal de Recursos, in Rev. Forense, n. 154, pág. 179 se lê: "Não basta para caracterizar de caso fortuito a imprevisibilidade do evento. É preciso, ainda, provar-se a sua inevitabilidade. O caso fortuito, mesmo quando constatado, não releva da responsabilidade o condutor das mercadorias, na ausência de prova das precauções ordinárias ou de omissões que possam ter contribuido para o acontecimento".

Dessarte recai sôbre o R. Mario Dias Ribeiro, proprietário da Emprêsa de Transporte Sto. Antônio Ltda., a responsabilidade pelo evento danoso do preposto Ricardo Coutinho, mesmo que, dêle, sua participação direta não se fizesse.

O preponente, mesmo sem participação no ato, responde pela culpa do preposto. Sua responsabilidade resulta da influência indireta, decorrente de laços de vigilância e subordinação (in pág. 233 do n. 176 da Rev. Forense — ac. no agravo n. 5.945 do Trib de Just. de Minas Gerais).

Segundo a jurisprudência dominante os dispositivos do Decreto n. 2.681, de 7—12—1912, às Emprêsas de Transporte urbano, tais como bondes, ônibus.

É presumida a culpa da Emprêsa transportadora, à qual cumpre provar, para isentar-se de responsabilidade, a existência de caso fortuito, fôrça maior ou culpa da vítima (ac. das Câmaras Cíveis do T. de J. de S. Paulo, à pág. 270, n. 154 da R. Forense).

Merece acolhimento o laudo pericial do perito desempatador, que tem esclarecimentos ponderáveis e equânimes ao avaliar em 71 mil cruzeiros a indenização a ser paga a Virgílio Coutinho.

Ex positis, acordam os Juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça negar provimento à apelação, confirmando sem discrepância de voto, e integralmente, a sentença recorrida.

Cidade do Salvador. 24 de agôsto de 1961.

Adolfo Leitão Guerra — Presidente e Vogal

Virgílio Melo — Relator *

J. M. Viana de Castro *

---

* Juízes convocados.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA. VÍCIO REDIBITÓRIO. DINHEIRO. GARANTIA. REGISTRO DE VEÍCULO TRANSFERÊNCIA DA POSSE DE VEÍCULO. ARRAS. EVICÇÃO

Dinheiro dado em garantia para alguém levar uma camioneta a exame com o acêrto de devolvê-la após, não realizada a aquisição, nunca tem a qualidade de "arras", e menos ainda de preço-pagamento. De nenhum modo, assim, haver o ensêjo de prescrição por vício redibitório, nos têrmos do art. 178, § 2º do C.P.C

O certificado de Registro de Veículo só transfere a posse do carro se, ali, o vendedor preenche a fórmula do endôsso, escrevendo o nome do comprador.

Impossível a transferência dos direitos possessórios do que se aponta vendedor de um veículo, quando o certificado da Inspetoria Geral de Trânsito se acha com o nome de outro registrado, o que proibe a tradição.

A coisa deve ser própria do Vendedor. Ainda que alguns autores admitam a validade da venda da coisa alheia, fundando-se no direito romano e pretensas necessidades do comércio, o direito conforme a razão e a moral é, que ninguém pode vender senão o que fôr propriedade sua ou a que tenha direito, como diz o Código Português e o Brasileiro julgou inútil reafirmar. O fundamento da evicção está, precisamente, na eficácio da venda a "non domino"

Relator: — DES. VIRGÍLIO MELO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação Cível da Capital, sob n. 4.945 — apelante Djalma Braga — apelado Manoel Barros Vasconcelos.

Preliminarmente.

Alega o recorrente em suas razões a fls. 61: que a ação movida por Manoel Barros Vasconcelos, contra sua pessoa, nos têrmos de fls. 2 a 4, é redibitória porque pretende legalizar o desfazimento do contrato de compra pelo autor ao réu, ora apelante, de uma camioneta sob alegação da mesma ter vícios ocultos; que não importa o prêço estivesse parcialmente satisfeito, através do "sinal" dado; que redibitória é a ação e, como tal, o prazo de sua propositura é de 15 dias con-

tados da tradição da coisa (art. 178 § 2º do Código Civil), e não de 20 anos (art. 177), "pelo que deve ser acolhida a preliminar suscitada pelo réu, que nesta oportunidade fica reiterada" — termina o recorrente.

O exame dos autos vai revelar a existência do alegado vício redibitório.

Embora a pequena claridade dos fundamentos em ditas razões, percebe-se que o recorrente invoca o art. 178 § 2º com a redação:

Prescreve em 15 dias, contados da tradição da coisa móvel recebida com vício redibitório, ou para rescindir o contrato e reaver o preço pago mais perdas e danos.

As provas dos autos, porém, negam existir a tradição da coisa ou seja da camioneta que o autor pretendeu mas não comprou a Djalma Braga.

O que afirmam as testemunhas de fls. 36 a 39 resume-se no fato do autor, desejando adquirir a camioneta do réu, ter entendimento com o mesmo, e sair em companhia de um mecânico, no carro, a fim de um exame.

Nessa oportunidade o autor deu Cr$ ..... 20.000,00 ao réu a fim de levar o carro à oficina. Nenhum dos depoentes afirma, que a quantia serviu de preço-pagamento, segundo os têrmos do art. 178 § 2º Código Civil.

A testemunha Otaviano Alves de Souza atesta a fls. 36v. o exposto, aditando que Djalma prometeu devolver os 20 mil cruzeiros após o exame, o qual levou a Manoel a desistir da compra citada pelas avarias da camioneta. Semelhante a revelação no depoimento pessoal do recorrido (fls. 28v.).

Aquela importância valeu como simples garantia. Tanto lhe falta o atributo de "arras" ou "sinal" que o réu, longe de recibo explicativo, fez, apenas, um "vale" em gracioso papelucho (fls. 5) — documento sujeito à restituição, sem reconhecimento de firma, sem sêlo. O "vale" nunca em "sinal" ou "arras" poderia transformar-se, quanto mais em preço-pagamento. Nem consta ali o nome de quem o apelante recebeu a importância. Pelos motivos expostos e porque sem configuração o disposto no art. 178, § 2º do Código Civil, os Juízes da 1ª Câmara Cível, unânimes, rejeitam a preliminar de prescrição.

De meritis:

O Dr. Pretor da Vara Cível julgou procedente a ação ordinária, cuja propositura é de Manoel Barros Vasconcelos, contra Djalma Braga, e condenou o réu à devolução da quantia de 20 mil cruzeiros ao proponente.

A apelação a fls. 61 mostra o réu inconformado.

Gira o feito em tôrno da circunstância do autor querer a devolução de 20 mil cruzeiros entregues a Djalma Braga, por ocasião de entendimentos para a compra de uma camioneta que o último colocara à venda.

O procedimento ordinário que se imprimiu ao feito, segue norma legal decorrente do art. 291 do Código de Processo Civil: — O processo ordinário regulará as ações para as quais êste Código não prescreva rito especial.

O réu à guisa de prova para destruir a pretensão do autor, juntou apenas o documento a fls. 17 e arrolou a testemunha Carlos Schneider. Com o referido documento pretende Manoel Barros Vasconcelos atestar a propriedade do veículo, mas ficou bem patente que a camioneta possui outro dono — o Sr. Joaquim da Silva Cravo, conforme certificado de Registro de Veículo, placa 16570, fornecido pela Inspetoria Geral do Trânsito.

Se Djalma houvesse adquirido o carro, estaria preenchido com seu nome o endôsso no verso do certificado, onde Joaquim da Silva Cravo indubitàvelmente declararia a venda

Ouvido em depoimento pessoal, o réu confessou a fôlhas 30, letra por letra, "que a camioneta em lide veio a suas mãos **quase por um acidente, ou melhor, por um acaso**".

A testemunha Carlos Schneider expõe a fls. 34 'que o Sr. Manoel Vasconcelos chegou à oficina do depoente, e pediu-lhe para fazer vistoria numa lotação Opel; que o depoente mandou fazer a vistoria pelo mecânico Lourival Laurentino Góes. Depois do depoente verificar o estrago, que o surpreendeu, disse a Manoel que, sòmente as peças orçavam em 50 ou 60 contos, fora mão de obra...

As considerações acima provam que a camioneta era uma ruinaria, cuja propriedade pertencia a Joaquim. Logo, ao pseudo possuidor Djalma era deeso a alienação de bem alheio. A tradição impossível; como a efetividade da transferência dos direitos possessórios do vendedor ao comprador, se o objeto negociado pertencia a outrem? A garantia, na hipótese da evicção, ficaria impraticável.

Dos elementos constitutivos da compra e venda o consenso é comum aos outros contratos, que todos êles são acôrdos da vontade paro a produção de efeito jurídicos, prelecíona CLOVIS BEVILAQUA à página 292, vol. 4º do seu CÓDIGO CIVIL, comentado.

A coisa deve ser própria do vendedor. Ainda que alguns autores admitam a validade da venda da coisa alheia, fundando-se no direito romano, e em pretensas necessidades do comércio, o direito conforme a razão e a moral é que ninguém pode vender senão o que fôr de propriedade sua ou a que tenha direito, como se diz no Código Civil Português, art. 1555, e o Brasileiro julgou inútil reafirmar. O fundamento da evicção está precisamente na eficácia da venda a **non domino** (in autor citado).

Outrossim, até agora não veio ao processo nada a corporificar o art. 622 do Código Civil:

Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento de seu ato. Parágrafo único: também não transfere o domínio, a tradição, quando tiver por título um ato nulo.

Externa-se a inviabilidade, o alheamento à lei, de referência ao tortuoso negócio da camioneta.

Provam os autos que o dinheiro, cuja restituição quer o autor, ora apelado, serviu tão só de garantia à saída do veículo para o exame referido.

Fala a testemunha Otaviano Alves de Souza (fls. 36v): Manoel dissera que não estava em condições para comprar; que Djalma apresentou várias vantagens, e Manoel pediu para examinar o carro, tendo Djalma exigido uma importância, tendo Manoel dito que só tinha vinte mil cruzeiros, o que foi aceito, dando um "vale" ao Sr. Manoel. Depois do carro examinado, vendo Manoel que ia gastar muito, e não estava em condições, em vista também de Djalma dizer a êle, Manoel, que

o carro estava bom e, na verdade, não estava. Djalma ofereceu a camioneta por menos 50 mil cruzeiros do preço, ajustado, 400 mil cruzeiros, não sendo aceito por Manoel, **ficando Djalma de devolver os vinte mil cruzeiros**. Depois de várias vêzes ir Manoel ao escritório de Djalma para receber a importância, numa daquelas disse Djalma que êle podia arranjar advogado que êle não devolvia nada".

O depoimento de Jorge de Oliveira Neves (fls. 38 e v) reproduz o de Otaviano. Ambos espelham o depoimento pessoal do autor (fls. 27 a 28).

Dessarte a Primeira Câmara Cível, sem discordância de voto, resolve negar provimento à apelação e confirmar, integralmente, a sentença recorrida.

Cidade do Salvador, 22 de março de 1961.

Mirabeu Cotias — Presidente, com voto.
Virgílio Rodrigues de Melo — Relator *
Clovis de Athayde Pereira *

---

* Juízes convocados.

2.ª Câmara Cível

VEREA TESTAMENTARIA — INTERPRETAÇÃO NO PROCESSO DE INVENTARIO E COISA JULGADA — USUFRUTO E FIDEICOMISSO. Os despachos que, em inventário, interpretam cláusulas testamentárias, sem contraditório, não fazem coisa julgada; como atos de jurisdição graciosa podem ser revistos nos mesmos autos. — Na interpretação de cláusula testamentária deve-se levar em conta a real vontade do testador e não o nomen juris *que êste tenha dado à disposição. — No usufruto as liberalidades são simultâneas: a nua propriedade de um dos beneficiários existe a par com o* jus utendi e fruendi *do outro. No fideicomisso, as liberalidades são sucessivas, tendo o fiduciário ou gravado a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado. A obrigação de transmitir é inconciliável com a faculdade de alienar definitivamente.*

Ap. n. 4.319 — Relator: Des. SIMAS SARAIVA

RELATÓRIO

Requereu Lucilia de Carvalho Moura Costa fôsse cancelada a cláusula de inalienabilidade que recaía sôbre os bens existentes na parte disponível no inventário de seus pais — Manuel Joaquim de Carvalho e D. Julia de Oliveira Carvalho.

Para isto juntou certidões comprobatórias de que os seus filhos tinham atingido a maioridade (fls. 142 a 146). E partiu da afirmação que as verbas 31.ª e 11.ª dos testamentos de ambos impuseram uma inalienabilidade temporária, cujo têrmo extintivo, ou condição resolutiva, consistia apenas na maioridade de todos os seus filhos — isto é — dos netos dos testadores.

São idênticas as verbas 31.ª e 11.ª.

E eis o teor dessas geminadas:

— Desejando garantir quanto em mim caiba e a lei permite o futuro de meus filhos de ambos os sexos, presentes e os que de futuro porventura venha ainda a ter, os instituo herdeiros em usufruto da metade dos meus bens, os quais serão convertidos em apólices da dívida pública federal interna ou externa ou quaisquer outros títulos externos ou em imóveis situados nesta cidade, a Juízo do meu testamenteiro e inventariante e, se as rendas provenientes dêsses títulos forem superiores às necessidades de subsistência dos seus respectivos possuidores, então acumular-se-á o que exceder para o fim de converter-se igualmente em títulos de igual natureza e com o mesmo destino, passando por sua morte em plena propriedade aos seus legítimos herdeiros em partes iguais. Todavia êsses bens poderão ser alienados depois que todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento é destinado especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros (fls. 8v. dos autos apensos, capeados sob a designação ou título de Prestação de Contas da Testamentária de M. J. C.; e fls. 5v. do 1.º volume dos presentes autos).

Existem ainda as cláusulas 32.ª e 12.ª, expressões de vontade dos já mencionados testadores.

E eis o teor também dessas geminadas:

— Declaro que os bens que tocarem em legítima a minhas filhas Elvira, Alzira e Lucília não entrarão para a comunhão dos bens do seu casal, se porventura se casarem, e serão inalienáveis durante a sua vida, passando por sua morte a seus legítimos herdeiros (Autos e fls. citadas).

Então:

Depois do parecer favorável do órgão do Ministério Público, o Juiz deferiu o pedido. (Fls. 149 e 150).

Foi publicado o respectivo despacho no Diário da Justiça de 9 de julho de 1958 (Fls. 152).

Decorrido o prazo de 15 dias, expediu-se, em 25 de julho, mandado ao Oficial do Registro de Imóveis determinando o cancelamento das cláusulas que oneravam os bens herdados da parte disponível. (Fls. 153).

E já em 29 de agôsto seguinte, dizendo-se fideicomissários de tais bens, três dos quatro filhos de Lucília impugnaram o pedido da sua genitora, requerendo se revogasse o cancelamento. E para isto requeriam comunicação urgente ao titular do Registro de Imóveis. E pediram, caso o Juiz entendesse não ser caso de fideicomisso, mas de inalienabilidade temporária, remetesse as partes para as vias ordinárias. com suspensão do cancelamento do ônus. (Fls. 154).

Despachou o Juiz na própria petição.

O texto é o seguinte:

— As partes litigantes, querendo, vão às vias ordinárias. Determino, entretanto, a suspensão do cancelamento do ônus ordenado pelo mandado de fls. 1.473 (atual 153), a fim de que ainda se possa evitar a alienação em causa, comunicando-se, com urgência, ao Oficial do Registro de Imóveis e fazendo-se a publicação requerida. (Fls. 154).

Sôbre a impugnação formulada por suas filhas, falou Lucília.

Reiterou então que a hipótese era de inalienabilidade temporária (fls. 164). E por petição datada de 19 de setembro, alegando o

transcurso do prazo em que qualquer recurso podia ser interposto, requereu que o Juiz oficiasse ao titular do Registro de Imóveis comunicando que, com a superação daquele prazo, podiam ser vendidos os bens liberados. (Fls. 171).

E foi certificado o transcurso do prazo. (Fls. 172).

E o Juiz deferiu o pedido. (Fls. 180).

E expediu-se ofício ao titular do Registro de Imóveis. (Fls. 181).

Contra êsse último despacho apelaram as impugnantes e sustentaram, preliminarmente, a propriedade do recurso e a prescrição do direito da apelada para requerer o cancelamento da cláusula testamentária e, no mérito, reiteraram a argumentação de que a hipótese é de fideicomisso. (Fls. 182).

Agora: na apelação em ambos os efeitos, contrarrazoou a apelada, suscitando a preliminar de intempestividade do apêlo.

Nesta superior instância, oficiou o Dr. 4.º Sub-Procurador Geral da Justiça, opinando pelo conhecimento e provimento da apelação.

Pediu a apelada a juntada de um parecer do eminente jurista * Orosimbo Nonato. Êste parecer se encontra de fls. 240 *usque* fls. 261.

Os apelantes, por sua vez, juntaram o parecer do eminente professor * Orlando Gomes, parecer que flui de fls. 277 a 304.

E assim foi vencida a fase do relatório. E seguiu-se a etapa do julgamento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível da Capital, de n. 4.319, sendo apelantes Lucília Moura Costa Soares e outros e apelada Lucília de Carvalho Moura Costa:

A apelada levantou a preliminar de intempestividade do recurso. E fundamenta — fls. 154 — que os apelantes demonstraram conhecer o despacho que ordenou o cancelamento do *ônus* testamentário de modo que, daquela data, começou a correr o prazo de 15 dias e, assim, veio ultimar-se no dia 14 de setembro, enquanto a apelação sòmente foi interposta a 20 de outubro.

Improcede a preliminar.

Há um despacho de pedido de reconsideração, e nêle o Juiz reformou o anterior e remeteu as partes para as vias ordinárias, determinando que se oficiasse ao titular do cartório do Registro de Imóveis. E eis que ficava suspenso o cancelamento anteriormente ordenado — fls. 154.

Isto estava certo? — Isto estava errado?

Ou errado, ou certo, tornou sem efeito o de fls. 149v.

E daí?

O anterior passou a não ter, nos autos, qualquer eficácia jurídica.

Claro?

Torna-se evidente o ponto de relevância do Dr. 4.º Sub-Procurador Geral da Justiça:

E' do despacho de fls. 180, que deferiu a petição de fls. 171, publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 1958, que os apelantes recorreram a 20 do mesmo mês, vale dizer, tempestivamente.

Fica, pois, rejeitada a preliminar.

E surge ainda outra, levantada pelo Dr. 4.º Sub-Procurador, espírito de altas luzes jurídicas. E' a que fala de nulidade da decisão que ordenou o cancelamento das cláusulas testamentárias que recaem sôbre a parte disponível deixada às suas filhas por Manuel Joaquim de Carvalho e sua espôsa Júlia de Oliveira Carvalho. E traz o fundamento que, legìtimamente investidas as apelantes — netas dos testadores — na condição de fideicomissárias, esta situação não podia ser modificada em processo de jurisdição graciosa, unilateral, sumário, sem forma nem figura de Juízo.

No desdobramento de motivos da sua preliminar, traz à superfície que na partilha dos bens de Júlia — tôdas as suas filhas, inclusive a apelada, receberam a parte disponível como fideicomisso e durante trinta anos, todos os interessados aceitaram essa qualificação.

Com a instituição do fideicomisso, explica ainda o ilustre Dr. 4.º Sub-Procurador, estabeleceu-se uma relação jurídica entre a apelada, como fiduciária, e as apelantes, como fideicomissárias, só rescindível por meio de ação, ou em procedimento contencioso, assegurada a bilateralidade da audiência.

Através de tudo isto, porém, se alastra um equívoco, que vem bubuiando ao interêsse das apelantes, e por elas laborado: Não é exato que os bens integrantes da disponível estejam transcritos no Registro de Imóveis com a cláusula de fideicomisso.

E com saliência. Na partilha dos bens de Manuel Joaquim de Carvalho, a parte disponível estava gravada no fideicomisso? Não estava. (Fls. 136v. a 139 dos autos apensos sob o título *Prestação de Contas da Testamentária*).

Também no inventário de Júlia os bens havidos por fôrça da verba 11.ª do seu testamento foram averbados como fideicomisso?

Não foram. Nem isto consta da partilha (fls. 39 do 1.º vol. dos presentes autos).

E acham-se gravadas de fideicomisso, em pagamento da legítima, sòmente as duas vigésimas partes do Trapiche Adelaide (e não o disponível). E isto consta na certidão passada pelo escrivão da 2.ª Vara dos Órfãos em 2 de julho de 1945, transcrita no Registro de Imóveis em 12 do mesmo mês e ano (Cert. de fls. 273).

Eis aí claro: as sentenças de partilha dos testadores não foram constitutivas de fideicomisso nem com êsse gravame foram os bens integrantes da parte disponível transcritos no Registro de Imóveis.

Nem seria possível, além disto, falar-se em estabelecimento, ou de real estruturação de fideicomisso entre a apelada e as apelantes, por uma razão clara e positiva: quando as partilhas foram julgadas, a de Manuel Joaquem de Carvalho em 8 de dezembro de 1923

Os pareceres referidos estão publicados, respectivamente, às páginas 19 e 32

e a de Júlia de Oliveira Carvalho em 5 de junho de 1925, as apelantes não eram sequer nascidas. (Fls. 154 dos autos apensos da prestação de contas e fls. 77 do 1.º vol. e cert. de idade, fls. 142 a 146).

E na sequência dessa ordem de idéias: naquela nem ao menos se podia saber quem seriam os fideicomissários — se de fideicomisso se tratasse — uma vez que os testadores teriam instituído como substitutos do segundo grau, os "legítimos herdeiros" do primeiro beneficiário e não a prole eventual dêste, vale dizer, os seus herdeiros legitimários, ou necessários.

E certo: a apuração de quem seriam os "legítimos herdeiros" da apelada sòmente, e tão sòmente, poderia verificar-se por ocasião de seu falecimento.

E a herança, nessa oportunidade, teria de ser deferida ao parente sucessível.

E, em tal circunstância, tanto poderia ser filho, ou cônjuge sobrevivente, ou colateral, na relevância de graduação excludente do art. 1.603 do Cód. Civ. Brasileiro.

E' de salientar-se, por sua vez, que o fideicomisso jamais pode ser constituído por sentença. Mas é o ato jurídico que lhe dá vida, *v. g.* o testamento, cuja eficácia fica apenas na dependência, ou é complementada pela intervenção homologatória do Juiz, em procedimento de caráter gracioso.

Na verdade, pertencem à jurisdição voluntária todos os negócios de direito civil em que, para a plenitude de sua eficácia, se torna indispensável a colaboração de um órgão judicial do Estado, segundo conceito de Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil, pág. 39.

Assim, na forma do art. 288 do Cód. de Proc. Civil, tais decisões — as de jurisdição voluntária — "não terão efeito de coisa julgada".

No caso, a inscrição dos bens legados como *usufruto*, não foi precedida de qualquer controvérsia em Juízo contencioso. O Juiz limitou-se a homologar uma partilha na qual, sem eiva de qualquer discussão, foi aceita a qualificação dada pelo testador a determinada liberalidade.

E certo, semelhante decisão, proferida em processo de jurisdição voluntária, jamais pode adquirir a imutabilidade imanente às sentenças dos processos contenciosos.

E então?

Nada impedia-se procurasse dar a verdadeira qualificação jurídica à cláusula testamentária, quando os filhos da apelada atingissem a maioridade — que era a condição resolutiva do ônus.

Daí se explica a doutrina de Eduardo Couture:

> — "As declarações emanadas dos Juízes em procedimento de jurisdição voluntária não fazem cousa julgada, nem mesmo quando, por haverem sido objeto de recurso, tenham sido confirmadas pelos Juízes superiores. Declarando um fato mediante êsse procedimento, êle se presume certo, até prova em contrário". (Apud Frederico Marques, Inst. de Dir. Proc. Civ. pág. 71, vol. V).

E na relevância dessa ordem de idéias, eis como se manifesta Pontes de Miranda:

> — "As sentenças que não passam em julgado (cousa julgada formal) não precisam de tal ação. Podem ser renovados os processos, indefinidamente, se bem que, enquanto não se renovam, tenham eficácia". (Trat. de Ação Rescisória, 3.ª ed., pág. 101; Jorge Americano, Ação Rescisória, p. 66).

E as próprias apelantes, nas suas admiráveis razões de recurso, não se afastam da sã doutrina quando sustentaram:

> — Os despachos que, em inventário, interpretam cláusulas testamentárias, sem contraditório, não fazem cousa julgada e são irrecorríveis, podendo, todavia, ser revistas pela própria autoridade que as prolatou — fls. 184v/185.

Certo. Mas sobrevindo, como sobreveio, a controvérsia, ou o dissenso.

O processo de jurisdição graciosa — *inter volente* — transformou-se em processo contencioso — *inter invito* (A. das Câm. Reunidas do Trib. A. de Pernambuco, *in* Alexandre de Paula — O Proc. à Luz da Jurs. vol. IV, pág. 1908, n. 6767, 2.ª ed.).

Deve-se, nesta altura, cogitar-se de falta de bilateralidade da audiência?

Não se deve.

Na realidade, não havendo necessidade de prova aliunde, a questão podia ser decidida no Juízo do inventário — art. 466 do Cód. de Proc. Civil.

Como sustentou o Min. Orosimbo Nonato, no seu parecer de fls. 240 — 265, a decisão apelada —

"Podia e devia ser tomada legìtimamente e vàlidamente em processo administrativo" (Fls. 262).

E então?

Fica desprezada a preliminar de nulidade da decisão apelada.

Ainda: alegam as apelantes, como preliminar, que se, por fôrça da transcrição no Registro de Imóveis, sabia a apelada, desde 1927, que as cláusulas 31.ª e 11.ª dos testamentos de seus pais foram interpretadas como fideicomisso, a partir daquela data deveria contestar essa interpretação, valendo-se, inclusive, se quisesse, de ação. Não o tendo feito, consumou-se em 1947, a prescrição vintenária estabelecida no art. 177, combinado com o art. 179 do Cód. Civil (Fls. 187).

Também fica rejeitada a alegação de prescrição.

Por que?

Porque os bens não foram transcritos no Registro de Imóveis — gravados de fideicomisso.

Foram de usufruto, com o aditivo: — podendo ser alienados depois da maioridade dos netos dos testadores (Certidões de fls. 211 e 271).

Ora, tendo a filha mais moça da apelada atingido a maioridade em 1950 (fls. 142) sò-

mente a partir daí poderia a apelada pedir o cancelamento do ônus.

E, neste momento: é de salientar-se que aqui não se cuida de ação, mas de declarar, em processo de jurisdição voluntária, a natureza de determinada verba testamentária.

Foram vencidas as preliminares, dentro de premissas claras e positivas.

Em face do mérito:

E de logo:

A discussão gira em tôrno da interpretação das verbas 31.ª e 11.ª, dos testamentos: um de Manuel Joaquim de Carvalho e outro — de sua espôsa Júlia de Oliveira Carvalho.

Para as apelantes: encerram as verbas um autêntico fideicomisso. Para o seu ponto de vista, está ali imposta a passagem dos bens aos legítimos herdeiros da apelada, depois da morte desta. E então, assim, configurados o *"ordo successivus"* e o *"tractus temporis"* — que especificam ou, talvez melhor, que caracterizam aquela espécie de substituição.

Para a apelada: a expressão "passando por sua morte aos seus legítimos herdeiros" é ociosa. E' meramente enunciativa. Não encerra instituição de fideicomisso. Não encerra, tanto mais quanto se permitiu expressamente a venda definitiva dos bens integrantes de parte disponível, o que seria bastante para descaracterizar a substituição fideicomissária. E conclui por insistir que a hipótese é inalienabilidade temporária, cujo têrmo extintivo, ou condição resolutiva, consiste na maioridade de seus filhos.

Apesar de os testadores empregarem a palavra "usufruto", todos os interessados estão de acôrdo que não se pode, aqui, cogitar dessa espécie de legado. Mas a idéia de usufruto deve ser, de logo, afastada.

Por que?

A resposta: neste, as liberalidades são simultâneas: a nua propriedade de um dos beneficiados existe a par o *jus retendi e fruendi* do outro.

Na verdade, não determinaram os testadores o fracionamento do domínio em nua propriedade e faculdade de retirar da cousa.

E na verdade, também, é mister, no usufruto, sejam os titulares — ao tempo da sua constituição — "conhecidos, individuados e já existentes".

Isto não ocorre na hipótese.

E não ocorre nem ocorreu porque é princípio tranquilo, em matéria de interpretação testamentária, que se deve ter em conta, principalmente, a essência da disposição, e não o *"nomen juris"* que lhe atribui o testador, de comum pessoa não ciente, ou não afeita à terminologia jurídica.

Não é normativo que, na interpretação dos negócios jurídicos, ou, com a propriedade do art. 85 do Cód. Civ., nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem?

E' normativo.

Eis que o espírito deve prevalecer ou vigorar contra o sentido literal das palavras e essa recomendação assume e se explica e se desdobra com maior ênfase em matéria de interpretação testamentária. Certo, e aqui com a devida relevância, está o art. 1.666 do Código Civil:

"Quando a cláusula testametária fôr susceptível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador".

Pontes de Miranda, no Tratado dos Testamentos, vol. 1.º, pág. 154, ensina:

> — "O que importa é a verdadeira vontade do testador; pode errar na linguagem, nos efeitos jurídicos; o que será cumprido será o que êle quis. Desde que se possa observar o querer do disponente, tudo se recompõe e observa".

Não é de admitir-se tenham os testadores querido instituir fideicomisso da parte disponível.

Inicialmente, como esclareceu o parecer do Ministro Orosimbo Nonato — o testador, na cláusula discutida, declarou apenas que os bens deixados em usufruto (todos concordam no caso com a impropriedade da expressão) passariam aos legítimos herdeiros do beneficiário.

Abalizou-se, pois uma enunciação supérflua e ociosa, em mencionar consequência derivada da lei e não da vontade. (Fls. 252).

Com efeito, não se pode pensar em substituição do 2.º grau, pessoas certas e determinadas.

E' certo que, por exceção, admite-se a instituição de fideicomisso em favor da prole eventual (art. 1718 do Cód. Civil).

Todavia, no caso, não se trata de prole eventual. E assim é porque os testadores não se referiram aos descendentes, ou herdeiros legitimários ou reservatários da pseudo gravada.

Empregaram expressão mais ampla — legítimos herdeiros — compreensiva de todos os presentes que, por ordem, poderiam ser chamados a recolher a herança: descendentes, ou cônjuge sobrevivente, ou colaterais até o 4.º grau. (Art. 1603 combinado com os arts. 1606, 1611 e 1612 do Cód. Civil).

Conforme decidiu a 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por acórdão de que foi relator o Min. Mário Guimarães, a fórmula "por sua morte passarão os bens a seus herdeiros", sem se indicarem quais sejam, sem se especificarem os legítimos ou testamentários, é vaga e imprecisa. Não revela desejo de amparar os herdeiros, mas apenas de conservar os bens do patrimônio do donatário, enquanto vivo fôr.

E' como se o doador dissesse: por sua morte, proceder-se-á na forma prescrita em lei.

Por igual decidiu a 6.ª Câmara do Trib. de Justiça de S. Paulo.

O fato de constar da cédula que os bens passam para os legítimos herdeiros dos filhos, por morte dêstes, não quer dizer que o testador tenha querido beneficiar terceiros, com a instituição de um fideicomisso, pois a expressão "legítimos herdeiros" não compreende sòmente os herdeiros necessários, sendo também aquêles aos quais é deferida a sucessão na ordem do Cód. Civil (D. R. Almeida, op. e vol. cit., pág. 421).

E seguindo a mesma ordem de premissas para uma conclusão lógica: tanto não houve a intenção de estabelecer fideicomisso que, também de referência à legítima de suas filhas, depois de clausulá-la de inalienabilidade, determinaram os testadores que os bens que a constituem passassem aos legítimos herdeiros dos mesmos (Cls. 33.ª e 12.ª dos testamentos de Manuel Joaquim Carvalho e de D. Júlia Carvalho).

Agora, levanta-se a pergunta: Quem ignora que a legítima não pode ser gravada de fideicomisso?

Não há de cogitar-se de fideicomisso, e ainda se destaca que os testadores permitiram a alienação dos bens, quando os filhos da apelada atingissem a maioridade.

No fideicomisso, e aí está o princípio normativo do art. 1723 do Cód. Civil, tem o fiduciário ou gravado a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou legado. Por isso mesmo tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Eis aí também o princípio normativo do art. 1734 do mesmo Cód. Civil. Ora, a obrigação de transmitir é inconciliável com a faculdade de alienar definitivamente.

E então?

Os testadores expressamente não permitiram a alienação dos bens integrantes da parte disponível?

Permitiram:

"Todavia êsses bens só poderão ser alienados depois que todos os meus netos atingirem a maioridade, por isso que o seu rendimento se destina especialmente à educação e subsistência dos mesmos herdeiros" (cls. 31.ª e 11.ª).

E então?

Bem clara foi a intenção dos testadores: sua metade disponível caberia aos seus filhos que, entretanto, só poderiam aliená-la quando os seus netos atingissem a maioridade.

Trata-se, pois, de uma inalienabilidade temporária, cujo têrmo extintivo, ou condição resolutiva, era a maioridade dos filhos dos beneficiários.

Além disto, estando a permissão de alienar no final da verba, faz presumir conter a verdade, na qual o testador perseverou — de derrogar, em contrário, por ventura houvesse escrito antes.

E não se diga, como fizeram os apelantes, que as cláusulas em exame aludem a duas espécies de bens: a primeira, relativa aos existentes na data da abertura da sucessão dos testadores, e a segunda, relativa aos adquiridos com o excesso de rendas dos primeiros, para concluir-se que a faculdade de alienar aos últimos se refere (fls. 188).

E não se diga porque ao argumento responde, e responde com vantagem, o Min. Orosimbo Nonato, na seguinte passagem do seu parecer:

— "Essa interpretação entesta violentamente com o sentido da cláusula e a mera intenção do testador. *Êsses bens* não podem se referir só aos últimos bens mencionados, isto é, apenas aos que, porventura, se adquirissem com as rendas da herança. Tal fôsse o desejo do testador êle diria: *êstes* bens, *êstes* últimos bens. *Êste* é mais próprio para designar objeto ou cousa mais próxima de quem fala ou escreve. De resto, dado o fim da inalienabilidade — educação e subsistência dos herdeiros menores — é claro que a êle não bastariam os simples bens acaso adquiridos — e nunca o foram com as sobras das rendas da herança. Gramatical e lògicamente falha, assim, a interpretação adversada, que é artificial e se acha ao arrepio da intenção do testador" (fls. 259 e 260).

Há de considerar-se, finalmente, que os bens existentes na data da sucessão dos testadores, dêles havidos pela apelada diretamente por fôrça das cláusulas 31.ª e 11.º, foram transcritos no Registro de Imóveis com a ressalva "sòmente podendo ser alienados depois da maioridade dos netos" (fls. 211 e 271), o que reforça a convicção de que a permissão de alienar não se dirige ùnicamente aos que viessem a ser adquiridos com as rendas dos primeiros, mas também a êles próprios.

E nesta sequência de premissas, cita-se ainda o Ministro Orosimbo Nonato, quando sustenta.

— "Em suma, o caso não é de usufruto, não se esboçando sequer na cláusula o nu-proprietário, beneficiado *simultâneamente* com outro beneficiário".

Não é igualmente de fideicomisso, pois deixa de encerrar a obrigação de guardar o beneficiário a herança para transmití-la a terceiros. Ao revés, nela se autoriza a venda *incondicionada* dos bens, quando os netos dos testadores se tornassem maiores.

Assim, sòmente entendidas as cláusulas como de inalienabilidade temporária, será respeitada a vontade dos testadores, à qual se deve acatar obediência, se não destoa da ordem jurídica, como se fôsse lei: *dicat testador et erit lex* (fls. 260).

Do exposto, os Juízes da turma julgadora, na Segunda Câmara Cível, sem discrepância de votos, acordam desprezar as preliminares, e negar provimento ao recurso de apelação para ficar mantida a decisão recorrida, que liberou os bens, dando o implemento de condição resolutiva imposta pelos testadores

Bahia, 19 de setembro de 1961.

Simas Saraiva — Pres. e Relator.

Claudionor Ramos — Revisor. *

Evandro Andrade. *

---

* Juízes convocados.

DESQUITE AMIGÁVEL

A escritura de contrato antenupcial deve acompanhar a inicial. A omissão constitui irregularidade sanável. Ao firmarem a dissolução da sociedade conjugal, incumbe aos cônjuges deliberarem sôbre a guarda dos filhos. Não podem transferir aos filhos a responsabilidade de escolherem, entre o pai e a mãe, ao próprio alvedrio, aquêle sob cuja guarda ficarão. Sendo incapazes para atos de importância menor, não se lhes pode conferir capacidade para manifestação de vontade em assunto de magna relevância como êsse. Nulidade do feito, sob êsse fundamento. Transmissão de bem aos filhos, no acôrdo, gravado de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Negócio Jurídico misto, é indispensável escritura pública. A convenção que estabelece passe aos irmãos sobreviventes a quota do que falecer, no condomínio, envolve substituição fideicomissária.

Relator: DES. CLAUDIONOR RAMOS

A C Ó R D A O

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de Desquite Amigável, em Apelação **Ex-Officio**, n. 5.615, vindos da 2ª Vara de Família e Sucessões, desta Capital, entre partes: — O Dr. Juiz de Direito, Apelante, e Dr. Newton Muylaert de Azevedo e sua mulher, Dª Nilde Costa Almeida de Azevedo, Apelados.

Os desquitandos casaram-se no dia 31 de dezembro de 1941, conforme certidão exibida. Dessa união, nasceram quatro filhos, tendo o mais velho, na ocasião do ajuste separatório, dezesseis anos de idade.

Casados sob o regime da separação de bens, conforme referência ao contrato antenupcial lavrado nas notas do Tabelionato Marback, livro 190, fls. 24, a 27/12/41, lançada na certidão de casamento, não exibiram essa escritura, descumprindo, assim, o artigo 642, I, do Código de Processo Civil. Não basta a declaração de que o regime é de separação total. É necessário que o Juiz e o Representante do Ministério Público tomem conhecimento das suas disposições, a fim de verificarem se o ajuste patrimonial obedeceu aos preceitos legais, porquanto, face ao preceituado no art. 259 do Código Civil, no silêncio do contrato, se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento. A estipulação da lei substantiva é clara, aceitando-a doutrina e jurisprudência em têrmos induvidosos, como ensinam Lafayette (Dir. Fam., pág. 193) e Baviláqua (Cód. Civ., II, pág. 174).

"Na falta de declaração em contrário, entendem-se comuns".

Não dissente Washington de Barros Monteiro:

> — "Para que prevaleça a separação **pura**, é mister que as partes sejam claras e explícitas no sentido de arredar a comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Se os contraentes não forem explícitos e peremptórios no pacto antenupcial, aplicar-se-ão, no silêncio do contrato, os princípios da comunhão quanto aos aquestos, na constância do matrimônio. É o que terminantemente dispõe o artigo 259 do Código Civil" (Curso de Dir. Civil, Direito de Família, pág. 148).

Por isso, adverte Pontes de Miranda, aos nubentes, no sentido de que "prestem tôda atenção às consequências do que escolhem: se não dizem "separação absoluta", "separação de todos os bens presentes e futuros", "completa separação", "separação dos bens que levam e dos adquiridos", etc., só impõem, segundo a jurisprudência, separação aos bens que têm no momento de se casarem" (Tr. Dir. Fam., II, pág. 274).

Assim, não pode o Juiz decidir com seguridade referentemente à partilha, sem o exato conhecimento do patrimônio comum.

Contudo, o defeito apontado constitui simples irregularidade, sanável, opinando Jorge Americano:

> — "Provado que existia (o contrato) e não foi oferecido, haverá apenas defeito afetante da forma da partilha" e "o acôrdo sôbre a forma da partilha não é essencial" (C.P.C. do Brasil, II, pág. 642).

Assentaram os cônjuges que "quanto ao apartamento superior do prédio n. 70 da rua Marquês de Caravelas, Barra Avenida, subdistrito da Vitória, nesta Capital, pertencente em condomínio a ambos os desquitandos, êstes transmitem a propriedade do mesmo, em partes iguais, aos seus citados filhos, com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, que gravarão dito apartamento até que todos os filhos do casal completem vinte e um (21) anos de idade, ficando também gravada, com as mesmas cláusulas, a renda do apartamento, se êste vier a ser desabitado pelo espôso, que ora o ocupa com os filhos do casal".

A cláusula transcrita é, por demais, complexa. Ultrapassa as lides processuais, tornando-se imprestável.

Transmitindo aos filhos a propriedade do apartamento, graciosamente, fizeram-lhes doação de bem, para cuja validade é essencial a escritura pública, consoante artigos 1.168 e 134, II, do Código Civil, valendo lembrada a prescrição do artigo 145, III, do mesmo diploma.

A pretendida alienação será inexistente, se os doadores não na ratificarem por meio de escritura pública.

Configura a cláusula verdadeiro **negotium mixtum cum donatione**, deixadas à margem, ante sua desvalia absoluta, considerações várias que a matéria controvertida enseja.

Contudo, não se pode fazer silêncio sôbre a estipulação de que "no caso de falecimento de um dos filhos do casal, a sua quota condominial no referido apartamento passará, automàticamente, em partes iguais, para os sobreviventes", definido de fideicomisso, no conceito da lei substantiva (artigo 1.733 do Código Civil).

Entende o Dr. 3º Sub-Procurador do Estado, em seu parecer de fls. 19/22, que "isso importaria em transgressão ao princípio **viventis non est hereditas** e ao que está recomendado no art. 1.089 do Código Civil, no sentido de não poder constituir objeto de contrato a herança de pessoa viva" (O Desquite na Jurisprudência dos Tribunais, 2ª ed., 1956, pág. 35)" (fls. 21).

Entretanto, não obstante trate o Código Civil do fideicomisso apenas no capítulo das substituições testamentárias e os doutos pronunciamentos em contrário à sua admissibilidade por ato inter-vivos, não há por que negar-lhe validade, em conformidade com a melhor tradição do direito pátrio, salientado que nesse sentido se vem firmando a jurisprudência.

Sôbre o assunto, concluiu seu estudo Orosimbo Nonato:

— "Mas, a corrente vitoriosa, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a que sustenta a perfeita compatibilidade do fideicomisso com os atos inter-vivos" (Est. s/Suc. Test., vol. III, pág. 164).

Êsse é, também, o pensamento de Cunha Gonçalves, ao afirmar que: "A reversão em favor de outras pessoas (que não a doadora), porém, só é possível nos têrmos em que a lei autoriza a substituição fideicomissária" (Princ. Dir. Civ., II, 957), ao discorrer sôbre doação.

Orlando Gomes, de maneira expressa, se referiu ao "fideicomisso inter-vivos" (Cont., pág. 45).

O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder (art. 389 do C. Civ.), o que torna incongruente a fixação de gravame sôbre a renda do apartamento "se êste vier a ser desabitado pelo espôso, que era o ocupa com os filhos do casal".

Por fim, deixaram os pais a critério de cada um dos filhos "escolher, espontâneamente, a qualquer tempo, um dos dois, para com o mesmo viver, cabendo ao escolhido os encargos de manutenção, assistência, guarda e educação, bem como o direito de administrar os bens respectivos e de receber todo e qualquer rendimento daí resultante".

Êsse ajuste é absolutamente nulo e nulifica o processo **ab-initio**.

O ponto mais alto do acôrdo por meio do qual marido e mulher desatam os laços conjugais é justamente o concernente aos filhos.

De suma importância, porque resolve, no momento da separação, do futuro dos filhos, envolvendo questões as mais delicadas e difíceis, mormente as de ordem sentimental e as educacionais, incumbe aos pais discutir e resolver o assunto.

O mais sagrado direito que lhes assiste é o de terem os filhos sob sua guarda e, no decidir-se qual dêles será o agraciado, o que sobreleva é o interêsse dos filhos, que lhes impõe prudência, ponderação, disciplina sentimental, capacidade de renunciar.

É tão importante essa decisão, que a lei substantiva, na dissolução amigável, estatuiu o respeito, pelo Juiz, ao que "os cônjuges acordarem sôbre a guarda dos filhos" (art. 325, Código Civil).

Essa tarefa, pois, é indelegável, não na podendo suprir o próprio Juiz. É defeso aos desquitandos descarregar sôbre crianças frágeis responsabilidade tamanha, qual a de escolher cada um, espontâneamente, podendo modificar a escolha a qualquer tempo, se fica com o pai ou com a mãe.

É claro que essa eleição far-se-ia ao influxo do apêgo pessoal a um ou outro, sem qualquer meditação a respeito de elemento mais expressivo.

Êsse apêgo não deve ser desprezado, mas aos pais é que compete juntá-lo aos outros pesos influentes na decisão.

Acresce a circunstância de que menores são incapazes, nos têrmos dos artigos 5 e 6 do Código Civil.

Essa incapacidade para atos de menor monta, mais se afirma no instante em que se lhes exige, ou faculta, manifestação de vontade que influirá nos seus destinos de maneira decisiva.

Cabe, realçada a circunstância de ser, a convenção ajustada de modo instável, verdadeiramente flutuante, como evidência da sua insegurança. O drama conjugal não deve ter a participação direta dos filhos, vítimas inocentes do desajustamento dos pais.

O pátrio poder é instrumento de proteção e amparo aos filhos, afirmando-se, nos tempos modernos, mais como pátrio dever, como resultante do interêsse social.

Refletindo-se o defeito exposto sôbre a essência do acôrdo, é de declarar-se a nulidade do feito, cujo saneamento não pode ser obtido por meio de conversão em diligência.

ACORDAM, assim, os componentes da Turma Julgadora, por unanimidade, em dar provimento ao Recurso, para anular **ab-initio** o processo.

Custas na forma da lei.

Salvador, 29 de agôsto de 1961.

Simas Saraiva — Presidente.
Claudionor Ramos — Relator *
Evandro Andrade — Revisor *
Arivaldo A. de Oliveira *

---

* Juízes convocados.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — REDUÇÃO DE VENCIMENTOS — Decorrendo a situação dos funcionários públicos de estatuto, êste pode ser alterável por ato unilateral do Estado na sua finalidade ou interêsse público, sem qualquer ofensa a direito subjetivo. — Não cabe, no caso de redução de percentagens percebidas pelos apelados, como parte variável de seus vencimentos, a invocação de direito adquirido.

Ap. n.º 5381 — Relator: DES. SIMAS SARAIVA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação Cível da Capital, de número 5.381, sendo apelante a Prefeitura Municipal e apelados Mário Vilas-Bôas Carneiro de Campos e outros:

Na sentença apelada, o juiz parte, e firma as suas premissas — para a conclusão do julgamento: que o parágrafo segundo da Lei 453 de 17 de dezembro de 1953, na sua parte final "se divorcia completamente dos princípios gerais adotados nas disposições contidas na própria cabeça do artigo" e, em consequência disto, positiva: — Tal parágrafo não pode prevalecer, não só porque está em completo desacôrdo com os princípios gerais que regem a espécie, como, principalmente, porque viola frontalmente, o direito subjetivo do requerente.

Os apelados, na sua dedução, estadeiam nas razões de fls. 60: — Direito adquirido, entretanto, não podem deixar de ter os apelados pelo regime da remuneração (parte fixa, correspondente a 2/3 do padrão do vencimento

e parte variável sôbre a arrecadação) dada a função que exerciam e continuaram exercendo, mesmo em face do art. 5.º § 2.º, 3.º da Lei 17-12-953, de acôrdo com a qual (art. 6.º) foram aproveitados, efetivados, eis que antes, exerciam funções de lançadores atribuídos à Diretoria de Tributação, Cadastro (D.F.C.M.).

Estudada bem a inicial, e lidas calmamente as razões dos apelados, o motivo patente da ação está em invocação de direitos subjetivos e direito adquirido. Êste aspecto deve de logo ser aceito? Ou, em outros têrmos, deve a Prefeitura manter, numa expressão ad eternum, a situação de seus funcionários, na organização, rigorosa ou não, dos seus quadros, dos seus serviços e respectivos vencimentos? E até onde vai a fôrça do direito adquirido? Há um livro — Ist. de Dir. Am. Ita., do festejado mestre Pressutti, que assim doutrina: — Ao funcionalismo se dá, em regra, a esperança, que quase sempre se realiza, não só de permanência ao serviço da administração pública, mas também de conseguir melhorias de situação, consistentes em simples aumentos de remuneração, ou ainda de postos mais graduados na hierarquia ou simplesmente mais importantes.

A permanência ao serviço da administração pública e consecução de melhorias da própria situação, constituem, porém, sempre uma probabilidade, não uma certeza. (Tomo II, n.º 205). Daí, é certo, para o funcionário bem as pode partir de uma situação modificável pela vontade unilateral da administração. Digo, que bem se pode partir. E até que ponto? Lembro a lição de Seabra Fagundes, no seu estimado livro — Contrôle dos Atos Administrativos, 2.ª ed., pág. 206: — "Os direitos do indivíduo em frente ao Estado tem sempre a sua fonte primária e essencial na lei". Que quer isto dizer?

Quer dizer simplesmente: a teoria do mandato, que nasceu na velha França, a teoria da locação de serviços, oriunda da velha Alemanha, a teoria do contrato de adesão, já passaram. E agora, já em face da doutrina, e da jurisprudência, largamente sufragada, o que figura entre a situação do funcionário público e o Estado, é a teoria estatutária. Está certo.

Na Rev. Dir. Adm. vol. 24, pág. 72 bem se esclarece: — A relação jurídica entre o Estado e o funcionário público deixou de ser contratual para tornar-se legalmente estatutária. As modificações vigentes ao tempo da investidura do funcionário quanto ao cargo ou carreira, podem ser alteradas sem ofensa a qualquer direito subjetivo. O Trib. de Just. do Rio Grande do Sul, por sua vez, esclareceu: — O Estado pode reorganizar seu serviço público. Inexiste em relação ao funcionário público direito adquirido. (Rev. Dir. Adm. vol. 7, pág. 183). Eis aqui a verdade: o regime estatutario é o que domina na atividade do Estado. E justo é que seja assim porque a ação do Estado se explica no interêsse público e daí, lògicamente, os direitos dos funcionários às vantagens da carreira têm de ser interpretados e aplicados dentro de normas legais, que são alteráveis ao arbítrio do legislador. Na sequência dêste pensamento, cito Orosimbo Nonato: — A situação do funcionário não é contratual. É regulamentar, subordinados os seus direitos aos fins públicos da sua função, e o estatuto é o regulamento que baliza o alvedrio do governante e oferece as demarcações das garantias e proveitos do funcionário. (Rev. Dir. Adm., vol. 4, pág. 163). Poderia eu enfileirar, como soldados em desfile, grande número de citações de acórdãos, nesse sentido. Não faço porque o essencial já está justificado.

Se todo o princípio de relação da situação dos funcionários públicos decorre não da natureza contratual, mas de estatuto, êste pode ser alterável por ato unilateral do Estado, na sua finalidade ou interêsse público, isto é, para melhor especificação, a situação constante do **status legal** está sujeita — ou sob o clípeo da modificação por lei nova — por lei **in futurum**.

Daí, rigorosamente, pelo direito administrativo, na sua teoria atual, e pela jurisprudência, o funcionário público só tem o direito na expressão de norma vigente porque, na sua modificação, o direito está de contínuo integrado à sua atividade atual. Ainda, na exposição de argumentos: a sentença julgou procedente a ação porque firmou o direito subjetivo dos autores, na qualidade de funcionários.

É sabido que de uma relação jurídica nascem vários direitos subjetivos, ou um estado pessoal. Mas, o que é um direito subjetivo? Diz Dernburg "que é a quota sôbre os bens da vida que pertence a uma pessoa, na sociedade humana". Ou pode-se aceitar a definição de Ihering: — o interêsse jurìdicamente protegido. No entanto, no poder da vontade a favor de um interêsse protegido por lei há um elemento primário, o **agere licere**, que justifica a existência do interêsse digno de proteção.

Como poderia tudo isto vir a vitalidade de uma decisão se as relações jurídicas entre o funcionário e o Estado não estão na decorrência da natureza contratual, mas sim de um estatuto, que pode ser alterado por ato unilateral do Estado, quando se manifesta o interêsse público? Assim, os autores não podem sobrepor-se ao **status legal** firmado no § 2.º do art. 5 da Lei 453, firmando-se na constância de um direito subjetivo. Daí, na relação jurídica entre funcionário e Estado, o que há, segundo a técnica de Ludovico Barassi, é um **estado pessoal**, que é uma determinada qualidade jurídica do sujeito, e que nasce de uma situação de fato ou de direito no qual o mesmo se encontra. (Dir. Civ. Ita., § 1 n.º 35, letra B).

E da exposição, existe ainda uma consequência para ser contemplada: os autores, ora apelados, querem fazer valer, principalmente nas razões de recurso, que deve ser admitido o princípio de direito adquirido. A sua aceitação, no caso dos autos, seria pura incoerência, ou ressoante êrro de técnica jurídica.

Para dilucidamento ainda da matéria, cito uma passagem de Epitácio Pessoa, ainda completamente viva: — "Pretender que o funcionário publico, qualquer que seja, tem direito a tôdas as vantagens insertas nos regulamentos ao tempo em que fôra nomeado, é, ou tornar intangíveis êsses regulamentos e paralisar quase a administração pública, ou criar no país, nas mesmas repartições e nas mesmas categorias, tantas classes de empregados com direitos diferentes, quantas forem as modificações por que passarem os regulamentos. Uma vez admitido tal critério, as leis, sejam quais forem as condições do Tesouro e do Estado, dos serviços públicos, não poderão mais extinguir repartições, suprimir simples postos de acesso, diminuir vencimentos, abolir gratificações, ampliar o prazo de

aposentadoria, elevar a contribuição do montepio, estabelecer novas condições de promoção, estatuir sôbre penas administrativas, divisão de normas de serviço etc. etc. sem ressalvar a situação dos funcionários nomeados no regime anterior.

Ao cabo de alguns anos e de algumas reformas, poderemos bem imaginar como será difícil, complicado e inoperativo o funcionamento da máquina administrativa" (Rev. For. vol. 35, pág. 291). Eis aí tudo definido? Agora, para confirmação completa que não se pode invocar o ponto de vista do direito adquirido, faz-se a citação de uma passagem do eminente espírito, que muito honrou o Supremo Tribunal Federal — Pires de Albuquerque: Disse êle: — Se a lei pode alterar a organização e o estipêndio dos cargos públicos, não há como admitir que esta organização e êste estipêndio, enquanto dependentes de uma condição alterável no abítrio de terceiros, posam constituir direitos adquiridos. (Rev. S.T.F. vol. 92, pág. 600).

Mas, em rebate, pode surgir, a favor do direito adquirido para o funcionário público a invocação do art. 141, § 3.º da Constituição Federal. Aí soa: — A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a cousa julgada. Agora, como elemento altamente elucidativo, se traz à razão a explicação do eminente mestre Pontes de Miranda quando salienta que tal preceito é do âmbito do direito privado: depois da Constituição de 1934, as definições intercontidas não foram parte do direito constitucional, como foram antes; constituiam fixações de direito não constitucional, que o legislador ordinário adotou e que serviam para explicar os têrmos empregados pelo art. 113, § 3.º, enquanto o próprio legislador ordinário não alterasse e até onde não se afastam do que é possível seja explicado, hoje, art. 141, § 3.º, (Coment. à Const. de 1946, pág. 210). Eis por que, na segunda Câmara Cível, acordam os Juízes julgadores, sem discrepância de votos, dar provimento para, reformando a sentença apelada, julgar a ação improcedente.

Bahia, 16 de maio de 1961.

Antônio de Oliveira Martins — Presidente com voto.
Simas Saraiva — Relator.
Evandro Andrade. *

(*) Juiz convocado.

LOCAÇÃO — PRÉDIO RÚSTICO — CONCEITUAÇÃO — REGIME DO CÓDIGO CIVIL. — Ação de despejo de prédio rústico. Imóvel situado no perímetro urbano. Conceito de prédio rústico. Indenização de benfeitorias feitas pelo locatário. Condenação do réu ao pagamento de honorários de advogado. Cominação de aluguel majorado, a que está sujeito o locatário contumaz, que, notificado para entrega do prédio, desatende ao pedido do locador e, assim, incorre em mora. Preceito legal amplo, deixa ao arbítrio do locador a fixação do aluguel. Mirando compelir o locatário, se êsse arbítrio fôsse cerceado tornar-se-ia de nenhum efeito. Confirmação da sentença que decretou o despejo.

Ap. n.º 5734 — Relator: DES. CLAUDIONOR RAMOS.

A C Ó R D Ã O

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 5.734, originários da 1.ª Vara Cível desta Capital, entre partes: — Dr. Renato Gonçalves Martins, sua mulher, e Pedro Pinheiro, apelantes e apelados simultâneos.

Os Autores propuseram ação de despejo, alegando não lhes convir manter a locação do imóvel rural denominado "GRANJA SÃO RAIMUNDO", de sua propriedade, ocupada pelo Réu, com fundamento nos artigos 1.196 e 1.209 do Código Civil, pedindo a fixação de aluguel de dez mil cruzeiros (Cr$10.000,00) mensais, a partir do vencimento do prazo da notificação prévia.

Na contestação, afirmou o Réu ser esta a segunda ação do mesmo tipo proposta pelos Autores, que desistiram da primeira, sustentando que não se trata de locação de imóvel rural, não obstante, ao firmar-se o contrato, destinar-se à instalação de estábulo, na roça que arrendara, entendendo que sòmente por meio de ação reivindicatória, com indenização de benfeitorias poderá a divergência ser solucionada.

A ação foi julgada procedente, decretado o despejo, fixado o prazo de trinta dias para desocupação do imóvel, arbitrado o aluguel de dez mil cruzeiros (Cr$10.000,00), desde o término do prazo da notificação, devendo o Autor satisfazer a indenização de vinte oito mil e quinhentos cruzeiros (Cr$28.500,00) pelas benfeitorias pertencentes ao inquilino, estabelecido o pagamento de honorários do Autor arbitrados em cinco mil cruzeiros (Cr$5.000,00).

Fundou-se a apelação no argumento atinente à errônea invocação do Código Civil, quando aplicável seria a Lei 1.300, combatido, também, o aluguel fixado na sentença.

Quanto ao primeiro argumento, está bem esclarecido que o Réu-Apelante não se tem portado com "sinceridade" nas suas relações com o senhorio. Êste promoveu a 23/10/956 uma ação de despejo, com fundamento no artigo 15, da Lei n.º 1.300, de 28/12/50.

Ao contestá-la, disse o Réu expressamente:

> — "Não se trata, pois, de uma simples locação predial regida pela Lei 1.300 mas de um verdadeiro arrendamento de prédio rústico, sendo ineficaz, por isso mesmo, a notificação que serve de base à ação proposta" (Fls. 24v/25).

Logo o promovente desistiu da ação, homologada a desistência a 12/11/58 (fls. 26).

Ajuizou, então, o Autor a ação ora em julgamento, assentada sua pretensão exatamente nos argumentos expendidos na contestação da anterior.

Contesta-a o inquilino, afirmando ser locatário de prédio urbano e, pois, não pode ser acionado sob as prescrições do Código Civil.

Essa atitude contraditória, longe de lhe carrear proveitos, prejudica-o a tôdas as luzes, evidenciando seu propósito de contorcer os fatos e o direito, afeiçoando-os aos seus interêsses e conveniências, procedimento reprovável que justifica plenamente a cominação de honorários advocatícios, caracterizada sua culpa, constante artigos 63 e 64 do Código de Processo Civil e Comercial.

O imóvel questionado é, sem dúvida, rústico.

O argumento de que "dentro do perímetro urbano, no coração da cidade, como ocorre com a roça sub-judice, não pode haver locação de prédio rústico" é de nenhuma importância.

Azevedo Marques escreveu:

> — "O Código Civil, com efeito, deixa claro que os prédios rústicos, susceptíveis de locação, são os que se destinam à lavoura em suas variadas modalidades, situados onde quer que seja", esclarecendo em nota que "lavoura" é idéia genérica para exprimir o cultivo da terra e a ação de cultivar para produzir; e "pecuária" é a arte da criação e tratamento do gado, e faz parte da agricultura" (Ações de Despejo e Alugueres, 4.ª ed., pág. 94).

Carvalho Santos, sôbre o ponto, assim se expressa:

> — "Fora de dúvida, por conseguinte, que, no sistema do nosso Código, o que distingue o prédio rústico ou rural de prédio urbano não é a situação em que êle se acha — fora ou dentro da cidade, — mas a destinação que se lhe dá. É o que se deduz de vários dispositivos do Código Civil, quando, sob a rubrica de disposições especiais aos prédios rústicos alude ùnicamente, como elemento característico e definidor, a "colheita" (artigo 1.212), a "esterilidade e malôgro da colheita" (artigo 1.214), ao "trabalho" e "colheita" (artigo 1.215), sem a menor referência à localização, que nada importa para os efeitos jurídicos do contrato". (C.P.C. Int., 3.ª ed., vol. XVII, págs. 204/5).

Ora, na contestação, afirmou o Réu haver arrendado a chácara, há mais de vinte anos, aí plantando capim, construindo cocheira e organizando estábulo, vivendo até agora dos rendimentos de seu negócio, "vale dizer, do seu estábulo dentro na roça arrendada, fornecendo leite a uma numerosa freguesia" (fls. 16); às fls. 38, exibido pelo próprio Réu-Apelante, há um certificado de registro fornecido pela Saúde Pública, autorizando-o a manter estabelecimento de "sôlta de gado", comprovando a perícia a existência de estábulo, cocheira, depósito de materiais usados, além de pequena horta; o próprio Réu, no seu depoimento pessoal, referiu-se a essas benfeitorias típicas e declarou haver reformado o estábulo (fls. 102).

Destarte, impõe-se a conclusão de que a locação foi constituída com a finalidade rústica, que ainda não perdeu, pois, ainda nas razões de recurso, disse que "apenas procurou resguardar a sua moradia e um negócio que, faz muitos anos, garante sua subsistência" (fls. 117).

Ao Juiz não importa se o proprietário pretende lotear sua propriedade (fls. 16v), como informou o Réu. Loteamento é um dos bons negócios da atualidade. Bom negócio tem sido, também, estar o Réu, durante perto de vinte e cinco anos, de posse de área extensa, com casa de morada e benfeitorias outras, ao prêço de trezentos e setenta e cinco cruzeiros (Cr$375,00), como se lê na inicial.

No concernente à majoração do aluguel, sua imposição constitui pena, dentro nas tradições do nosso direito, que o Código Civil, em preceito absoluto, conservou.

Sujeita-se à sua cominação o locatário contumaz, que, notificado para entrega do prédio, desatende ao pedido do locador e, assim, incorreu em mora.

O preceito é amplo e deixa ao arbítrio do locador a fixação do aluguer.

Mirando compelir o locatário à restituição, se êsse arbítrio fôsse cerceado, se lhe fôsse imposta a limitação sugerida ao citar-se decisão do Supremo Tribunal Federal (fls. 117), tornar-se-ia de nenhum efeito.

Ainda seria nenhum o seu efeito, se decuplicada fôsse, considerado o seu irrisório valor — Cr$375,00. O prêço fixado ajusta-se ao critério legal, é plenamente razoável e atende aos valores vigentes. O proprietário exerceu o arbítrio que a lei lhe confere, em têrmos moderados.

Desassistiria, pois, razão ao Juiz que encurtasse seus limites, absumindo-lhe a fôrça compulsória.

Houve avaliação dos reduzidos benefícios feitos no imóvel pelo Réu. Aliás, os Autores queixam-se de danificações nas benfeitorias encontradas pelo locatário.

Determinou o Juiz fôssem indenizadas.

Portanto, quanto poderia reclamar da justiça, dentro do seu direito, lhe foi deferido.

Fêz-lhe, dessa maneira, justiça plena.

Justa a Apelação do Autor.

De fato, são inexpressivos os honorários fixados, como retribuição da demorada assistência profissional. Correspondem à remuneração de simples trabalho pericial.

Em verdade, a praxe é a mencionada pelo Autor-Apelante, que por isso alcança atendimento, arbitrados em 20% (vinte por cento) sôbre a condenação líquida.

ACORDAM, por essas razões, os componentes da Turma Julgadora da 2.ª Câmara Cível em dar provimento à Apelação do Autor e negar provimento à Apelação do Réu.

Salvador, 24 de outubro de 1.961.

Simas Saraiva — Presidente.
Claudionor Ramos — Relator. *
Evandro Andrade — Revisor. *
Julio Virgínio. *

(*) Juízes convocados.

AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO — PEDIDO DE RETOMADA PARA AMPLIAÇÃO DE NEGÓCIO.

Ap. n. 5266 — Relator: DES. OLIVEIRA MARTINS.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 5.266 da Capital, em que é apelante a Panificadora Elétrica Primor Ltda., e apelada a firma A. Irmãos & Cia. Ltda.

Acordam, em Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por decisão unânime, desprezada a preliminar da deserção do recurso, negar provimento ao agravo no auto do processo, e, por maioria de votos, dar provimento à apelação interposta, para o fim de,

reformando, como reformam, a sentença apelada, conceder a renovação requerida, nos têrmos da inicial, pagas as custas pela apelada.

Não há como se acolher a preliminar argüida pela apelada dada a manifesta improcedência dos fundamentos invocados. A deserção, como é sabido, não se opera automàticamente, pelo simples excesso no prazo para a remessa dos autos à superior instância, conforme pretende o ilustre advogado da apelada, em sua petição de fls. 347 a fls. 348. Prevê o Cód. Proc. Civil, para a sua decretação, segundo se depreende dos precisos têrmos do seu Artigo 828, um processo especial com intimação do apelante, a quem se concede a oportunidade de produzir pelos meios admitidos em direito, a prova de justo impedimento. Embora não observando o processo em causa, nem se pronunciando o Juiz, como lhe cumpria, sôbre a deserção requerida, ofereceu a apelante as razões de fls. 352 a 353, por onde se verifica não lhe caber a responsabilidade arguída, uma vez que teria devolvido os autos a cartório ainda no curso do prazo que se diz haver excedido o limite estabelecido em lei.

Sem consistência jurídica, por outro lado, são os fundamentos do agravo no auto do processo que se vê reduzido a têrmo a fls. 256.

O recurso em questão teria sido interposto contra o despacho de fls. 252 que negou a perícia requerida pela autora, ora apelante, em sua petição de fls. 240 a fls. 241 v., para o fim de arbitramento de aluguel e avaliação do fundo de comércio. Desnecessária, como bem acentuou o digno Juiz da causa, seria a perícia em aprêço, eis que, por vistoria com arbitramento anteriormente realizada, teria sido atingido o pedido objetivo da apelante aqui apreciado. Vale ainda salientado que esta segunda perícia, por cuja produção realmente protestara a apelante, em tempo hábil, fôra condicionada à hipótese não verificada de não se conformar a Ré, ora apelada, com majoração de aluguel proposta na inicial.

DE MÉRITIS:

Trata-se, na hipótese em causa, de renovação de locação do prédio de n.º 273, à rua Dr. José Joaquim Seabra, do qual é locatária a autora apelante, que ali se acha estabelecida com a exploração do comércio de panificação. O pedido de renovação do contrato de locação se teria processado com observância plena das exigências da lei específica. Não há, assim, conforme expressamente reconhece a firma locadora, como se fazer qualquer restrição ao direito que assiste à locatária de requerer, como fêz, a renovação em causa, nem mesmo com relação ao novo aluguel proposto, que não fôra objeto de qualquer contestação.

Isto pôsto, e porque a oposição ao pedido se restringe à alegação, tão sòmente, de que precisa a firma locadora do prédio locado para uso próprio, reduz-se tôda a controvérsia em decidir sôbre se procede ou não a alegação em aprêço. Não resta dúvida que, em se tratando de renovação de locação, a retomada para uso próprio constitui defesa oponível ao prédio, nos precisos têrmos do art. 8.º, letra e, do Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934. Cumpre distinguir, porém, para o efeito de se atender à retomada, sôbre se o locador se utiliza de prédio alheio, caso em que está dispensado da prova de necessidade, ou de prédio próprio, hipótese em que estaria êle obrigado à demonstração dessa necessidade, na exata medida da exigência legal.

A retomada, no caso, não obstante tratar-se de locação protegida pela lei de luvas, terá que ser apreciada e decidida em face da Lei n.º 1.300, conforme está expressamente previsto no § 2.º, do seu art. 1.º. A hipótese, pois, terá que ser apreciada em face do quanto a respeito dispõe o art. 15, ítem V, da precitada lei.

Assim é que, provado como resulta que a firma locadora é proprietária de vários prédios outros nesta cidade, dos quais se vem utilizando na exploração do comércio de tecidos, bem é de ver que não basta para justificar a retomada pretendida a alegação pura e simples de que o prédio locado vai ser usado por ela própria. É princípio em doutrina, já consagrado pela jurisprudência dominante, que, em tais casos, se deve exigir a prova plena da necessidade, que se deve fazer sentir de modo premente, real, invencível e inadiável. Revela acrescer que, em se tratando de retomada para fins comerciais, como na hipótese dos autos, a necessidade do locador não deve servir de fundamento, senão as retomadas que se inspirem em motivos sérios, que digam respeito à sobrevivência do próprio negócio, de modo a não deixar dúvidas quanto à sinceridade do pedido. Eis porque, na douta opinião de Espínola Filho, a apreciação de tão delicada questão há de ser feita caso por caso, sem consideração a fórmulas prefixadas, de modo a ser sòmente atendida a retomada para fins comerciais, na hipótese de ser ela a solução indicada, não para atender à simples comodidade do proprietário, mas para evitar-lhe o prejuízo do negócio.

Examinados tais conceitos em aplicação ao caso dos autos, bem é de ver, **data venia** do respeitável voto vencido, que a sentença apelada atendendo, como atendeu, à retomada pretendida, teria antes consultado à simples **comodidade do proprietário** do prédio locado. Verifica-se, com efeito, que a retomada teria sido concedida ao fundamento de que a firma locadora precisa do prédio em questão para "ampliação do seu negócio". Assim teria decidido o digno Juiz da causa, convencido de que não se pode pôr em dúvida a sinceridade dessa alegação, estribada como ela se mostra no art. 8.º, letra e, da citada lei de luvas. Em abono dêsse seu ponto de vista cita as ementas de vários acórdãos, sem que, todavia, em qualquer dêles, se possa considerar como firmada a jurisprudência, que se diz pacífica, da prova de necessidade. A alegada "ampliação do negócio", por sua vez, não caracteriza a necessidade, mas sim a melhoria ou comodidade do locador, não podendo, assim, autorizar, a não ser em casos excepcionais de evidente penúria de espaço para o desenvolvimento do negócio, a retomada pretendida.

Não provou, porém, a firma locadora, na medida da exigência legal, a deficiência de espaço para suas instalações nos prédios vizinhos que ocupa atualmente, de sorte a tornar-se imperiosa a desocupação do imóvel locado, como condição indispensável à sobrevivência do seu negócio. A prova pericial, nesse sentido, muito deixa a desejar, provado como dela resulta que êsses prédios são de amplitude e capacidade superiores, em média, aos congêneres alí situados, o que torna irrelevante a alegação relativa à concorrência comercial. Quando, porém, não bastassem tais argumentos, há de considerar-se que, se apreciada a situação dos litigantes sob êsse aspecto humano, como salientou o respeitável voto ven-

cido, não haveria como se deixar de atender aos interêsses da firma locatária, cuja sobrevivência estaria irremediàvelmente comprometida pela sentença apelada que, por isso mesmo, merece ser reformada.

Publique-se e registre-se.

Bahia, em Sessão da Segunda Câmara Cível, 20 de dezembro de 1960.

Simas Saraiva — Pres. e Relator

Antônio de Oliveira Martins — Rel. desig.

Simas Saraiva. Vencido.

Claro, a Panificadora Elétrica Ltda, propôs ação renovatória de locação contra a firma Alves, Irmão & Cia. Ltda.

Ao apresentar-se em Juízo com a inicial, esta preenchia os elementos ou requisitos de exigência do Decreto 24.150 de 20 de abril de 1934, que estabelece as normas jurídicas para a matéria de renovação do contrato.

Alves, Irmão & Cia. Ltda. pela contestação, adquiriram os prédios situados à rua Dr. J.J. Seabra de n.os 269, 271 e 273 para formar um só bloco, como, efetivamente, ficou expresso na referida escritura, e para destiná-lo à finalidade do seu ramo de comércio.

Antes, porém, da propositura da presente ação, a firma ré notificara a Panificadora Elétrica Ltda. pelo Juízo da 1.ª Vara Cível que havia impossibilidade de permitir a renovação contratual porque precisavam do prédio locado após o término do prazo.

É em tôrno dessa matéria que surge a reação da firma ré contra a renovatória.

A sentença apelada aceitou êste ponto de vista em face do princípio normativo do Decreto n.º 269.271. E tem razão? Dou resposta afirmativa. A firma ré comprou o imóvel locado à Panificadora com uma finalidade prevista em lei. E se a lei lhe dá essa finalidade, e se o aspecto econômico se evidencia pelo fato da venda e compra, ambas as razões não fogem do tema social porque a lei de função restrita, como é o Decreto 269.271, surgiu para a necessidade de tal equilíbrio. E não só isto: a própria autora, para firmar a sua pretensão renovatória, invoca o Decreto n.º 24.150 de 20 de abril de 1934. E êsse decreto, também de alta função social para o equilíbrio de relações jurídicas aí previstas, e principalmente em face de fenômenos econômicos atuais, estadeia, no seu art. 8, o destino, conforme a pretenção da R., da propriedade para uso próprio.

Na verdade; êsse decreto regula as condições e renovamento dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais, e diz no art. 8.º, seu inciso e: A contestação do locador, além da defesa do direito que lhe possa caber, e que se regulará pelos princípios gerais, ficará adstrita, quanto à matéria de fato, às seguintes: — que o prédio vai ser usado por êle próprio locador. Além disto, entrando-se no caminho da jurisprudência bem sufragada, e aqui se valendo do seu respeito, permitindo-se o despejo quando o imóvel vai ter destino de ramo de comércio destacado daquêle do A., só poderia prevalecer a renovatória se houvesse a definida e determinada argumentação da desnecessidade de pedido. Está claro nos autos: o imóvel atual da firma ré não tem âmbito suficiente à rua J.J. Seabra para a exploração comercial a varejo, e daí a dificuldade de explicação, ou amplitude, para servir regularmente a sua freguesia. Além disto, a matéria de construção, ou remodelação, ou transformação e adaptação de prédios num só, é própria da capacidade técnica do arquiteto. Assim, pela razão das premissas da sentença, que, pela minha exposição, aceito, — o pedido da inicial não é procedente. No entanto, dava provimento em parte à sentença. Falo sôbre o prazo de desocupação. Se o locatário fôsse julgado carecedor de ação de renovação de locação mercantil, estaria certo o prazo de seis meses levantado pelo art. 360 do Cód. de Proc. Civil. Mas a sentença julgou a ação improcedente. Neste caso o prazo fica prorrogado de tantos meses quantos forem os anos em que foi ocupado o imóvel, nos têrmos do art. 19 da Lei 1.300 de 1950, além dos seis meses mencionados. É que aqui prevalece, rigorosamente, a norma relativa a despejo. Mas saliento um aspecto, que tem corpo de relevância para o voto vencedor, quando o mesmo diz: — A retomada, no caso, não obstante tratar-se de locação protegida pela lei de luvas, terá que ser apreciada e decidida em face da Lei n.º 1.300, conforme está expressamente previsto no § 2.º, ao seu 1.º. Aí há uma pressuposição que paira fora da técnica jurídica, **data venia** do espírito brilhante do seu prolator. Na verdade, lei de ordem restritiva, como é a chamada **lei de luvas**, nela o pedido para uso próprio importa efetivamente que o locador só está exercendo o direito de retomada, com uma finalidade rigorosamente especificada: com a proibição que o imóvel seja pedido com destino ao mesmo uso de ramo de comércio ou indústria que o inquilino estava explorando. Neste ponto de vista, portanto, o pedido para uso próprio, dentro de lei de ordem pública, de ordem cogente, como a **de luvas**, só se explica, só se exterioriza, só se objetiva para uso comercial ou industrial, afrontando prática diversa de comércio ou indústria. Conseqüentemente, não pode locador retomar o imóvel para fins residenciais, porque, na ação de despejo, cabe ao réu provar **a insinceridade** do pedido. Daí a oposição da Lei n. 1.300, na inovação do seu Art. 1º, § 2º — ao Art. 8 e qualquer dos seus incisos da **lei de luvas**. Mesmo aqui, em matéria de locação comercial, é certo que só poderia prevalecer, numa ação, a Lei 1.300, se o locatário não iniciasse dentro do prazo legal a renovatória porque a relação jurídica passaria a ser regulada pela legislação do inquilinato, e seriam então invocados os motivos estadeados pelo Art. 15 e respectivos itens. No caso contrário, numa ação onde se discute direitos em face dó Decreto 24.150, jamais. No entanto, para o prazo do despejo, o qual eu dilatei, poderá objetar-se que eu fiz referência à Lei 1.300. Certo, que fiz. E por que fiz? Porque aqui se trata de aplicação do Art. 360 do Cód. de Processo Civil, em face de que se julga uma ação improcedente, e no caso, então, a doutrina e a jurisprudência, para os efeitos da sentença, fazem remissão ao Art. 19 da lei do inquilinato. Assim, no critério da antiguidade da ocupação, sendo dois prazos a somar, penso que o apelante tem direito a onze meses. E dava provimento, dentro dos princípios de equidade, ao ressarcimento dos prejuízos que tenha o apelante em conseqüência dos encargos de mudança, dentro de perímetro urbano, cuja cobrança se faz segundo o § 3º do Art. 2º do Decreto 24.150. E em face de tôdas essas circunstâncias, e em virtude da ação ser renovatória, dava as custas proporcionais.

Alibert Batista.

Nos embargos de n. 2.944, da Capital prevaleceu o voto vencido.

RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. MALÍCIA DO RECORRENTE. DESPROVIMENTO.

Na sistemática processual brasileira, conforme é sabido, a ninguém é lícito beneficiar-se com a própria malícia.

Se a recorrente admitiu sem protestos a interveniência do Juiz substituto no processo; se, assistida pelo seu patrono, assinou em audiencia o acordo que o mesmo lhe formulou; se, aceitando os efeitos jurídicos da sentença homologatoria por ele proferida, requereu, após a intimação de haver sido publicado, medidas atinentes à sua liquidação; diante de tudo isto, dois meses depois, não poderia jamais insurgir-se contra esse julgado sob a temerária e leviana alegação de ser incompetente o Magistrado que o prolatou e de não ter sido o mesmo regularmente publicado.

Relator: — DES. ARIVALDO DE OLIVEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de instrumento n. 6.784, desta Capital em que são agravante Domingas Suliana dos Santos e agravada a Rêde Ferroviária Federal S.A.: Refere-se o presente feito sôbre o seguinte: dona Domingas Suliana dos Santos, na qualidade de avó dos menores órfãos José Petronilio, Antônio Carlos e Valter Barbosa Santana requereu ao Juizo de Acidentes do Trabalho desta Comarca da Capital uma ação contra a então Viação Férrea Federal Leste Brasileiro para haver da mesma a competente indenização pelo acidente sofrido pelo seu filho, e pai dos menores, o operario Themistocles Santana, e do qual lhe resultou a morte, acidente este ocorrido na cidade de Senhor do Bonfim quando se encontrava a serviço daquela Empresa.

A ação, precedida da concessão, à pleiteante, do benefício da assistência judiciária — e em que se lhe nomeara patrono o adv. Antônio Feliciano de Castilho — foi instaurada, comparecendo a Ré, que, de imediato, propôs o acôrdo previsto em lei, o qual foi aceito por todos os interessados, inclusive pelo Ministério Público.

Isto pôsto, no dia 7 de julho do ano passado, dito acôrdo foi homologado por sentença, tendo, nessa mesma data, o advogado da ora recorrente, após haver sido intimado de sua publicação, requerido ao Juiz processante que, logo fôsse depositada em Cartório a importância correspondente às indenizações, se lhe concedesse permissão para levantá-la mediante recibo e, bem assim, que se lhe autorizasse, igualmente, receber na Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, as mensalidades a que os menores beneficiários tivessem direito.

Convém ressaltado que, nessa ocasião, era o Juiz Gérson Batista Neves que se achava no exercício daquela jurisdição, já que o titular da Vara, o Juiz Virgílio Melo se encontrava servindo neste Tribunal, e o seu Pretor, Dr. Cathalá Loureiro, estava substituindo um colega noutra Pretoria.

Em consonância com o acordado, no mês imediato, ou precisamente, em 17 de agôsto, a ora agravada depositou em Juízo a quantia de cento e sessenta e dois mil cruzeiros (Cr$ 162.000,00) referente à liquidação das indenizações, acrescida das custas processuais, num total de cento e sessenta e seis mil, novecentos e treze cruzeiros e oitenta centavos Cr$ 166.913,80.

Dois dias depois, ou seja, em 19 de agôsto porque o Cartório lhe tivesse recusado a entrega de vinte e quatro mil cruzeiros (Cr$ 24.000,00) não recolhíveis à Caixa de Aposentadoria e Pensões, o Dr. Advogado da Autora, endereçou ao Juiz uma petição, reclamando contra a atitude da Escrivã que não lhe passara as mãos o dinheiro dos órfãos e, ao mesmo tempo requerendo a necessaria autorização para levantá-lo.

Tal petição foi indeferida, uma vez que, como determina a lei específica, em se tratando de órfãos, as importancias a estes pertencentes, como de praxe, teriam de ser recolhidas ao Banco do Brasil ficando à disposição do Juiz respectivo.

Inconformado com esta decisão, a esta altura já, do titular da Vara, o Dr. Antonio Feliciano de Castilho, no dia 12 de setembro, interpôs recurso contra a sentença homologatoria do acordo, sob a alegação de ter sido a mesma prolatada por Juiz incompetente e por não haver sido a mesma regularmente publicada em audiencia.

Em apoio do seu entender, aduzia o advogado recorrente, que o Dr. Gerson B. Neves não poderia funcionar no processo, uma vez que, o titular da Vara, embora servindo no Tribunal, não resultaria desligado de suas funções na 1ª Instancia.

Como era natural, o Dr. Juiz indeferiu o recurso, por extemporâneo, surgindo daí o presente instrumento de agravo.

Como se vê dêste relato, que é um espêlho fiel dos acontecimentos, nenhuma razão assiste a recorrente no que pleiteia.

Com efeito, o recurso é intempestivo, por ter sido oferecido quase dois meses depois da intimação da publicação da sentença, tendo-se andado muito bem o "a quo" em não recebê-lo.

Cumpre, finalmente, acentuar, que mesmo que não tivesse vindo a destempo, o apêlo não deveria ser recebido, visto que, conforme é sabido, na sistemática processual brasileira a ninguem é lícito beneficiar-se com a própria malícia.

Em verdade, se a ora recorrente admitiu, sem protesto, a interveniência do Juiz substituto no processo; se, assistida pelo seu patrono, assinou em audiencia o acôrdo que aquele Magistrado lhe formulou; se, aceitando os efeitos jurídicos da sentença homologatoria por ele proferida, requereu, após a intimação de haver sido a mesma regularmente publicada, medidas atinentes à sua liquidade; e diante de tudo isto, dois meses depois, não poderia, jamais, insurgir-se contra êsse julgado sob a temerária e leviana afirmação de ser incompetente o Juiz que o prolatou e de não ter sido o mesmo devidamente publicado em audiência.

Mesmo porque, consoante diziam os romanos, "**turpitudinem suam allegans, non est audiendus**".

Nestas condições, e porque não consta nos autos qualquer irregularidade quanto à publicação da sentença, acordam os Juizes componentes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, negar provimento ao recurso.

Custas "ex-lege".

Salvador, e Sala das Sessões da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em 21 de março de 1961.

Antônio Oliveira Martins — Presidente
Arivaldo Oliveira — Relator (*)
Simas Saraiva

(*) Juiz convocado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO — Ação executiva movida no juízo de direito da Fazenda Estadual. Incompetência afirmada pelo pretor da 1.ª Vara Cível, que despachou nos autos e presidiu a audiência final. Declaração da própria incompetência pelo titular da Vara. Decisão no sentido da competência do Juiz de Direito, face à inexistência de atos de instrução, não ficando vinculado quem apenas presidiu. Incompetência absoluta do pretor, substituto do pretor da Fazenda Estadual e não do Juiz.

Conf. jur. n. 303 — Relator: **DES. CLAUDIONOR RAMOS**

A C Ó R D Ã O

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de CONFLITO DE JURISDIÇÃO, n. 303, originários da Vara dos Feitos da Fazenda Estadual, em que é Suscitante o Dr. Pretor Substituto da Vara dos Feitos da Fazenda do Estado e Suscitado o Dr. Juiz de Direito da referida Vara.

O Estado da Bahia, por intermédio do Procurador Judicial da Secretaria de Saúde Pública e Assistência Social, promoveu ação executiva contra a Emprêsa de Carnes Verdes da Bahia Ltda , para cobrança de multas por infrações a leis e regulamentos.

A ação tramitou regularmente.

Ao receber os autos para julgamento, o Dr. Pretor da 1.ª Vara Cível deu-se por incompetente, indicando o ilustre titular da Vara como o competente, por haver sido a êle distribuída a ação.

Encaminhados ao Dr. Juiz de Direito, também êste declinou da competência, que entendeu caber ao aludido Pretor, porque, "em processos da natureza dos presentes, é o Juiz que iniciou a instrução, em audiência, o que a êle fica vinculado, embora tenha sido outro o que prolatou o despacho saneador". Retornaram os autos ao digníssimo Dr. Pretor, o qual divergiu dêsse modo de pensar e, fundamentando sua incompetência suscitou o CONFLITO

Opinou o eminente Dr. 3.º Sub-Procurador Geral da Justiça ser competente o Pretor, que, na qualidade de Substiutto do Juiz da Fazenda Estadual, tinha competência **ratione materiae**, para julgar os feitos dessa Vara, ocorrendo, na hipótese simples incompetência relativa, indeclarável sem provocação das partes, concluindo por afirmar que se verificara a prorrogação da competência. Assentou seu pronunciamento na autoridade de José Frederico Marques. Por fim, interpretando o artigo 120 do Código de Processo Civil dá por vinculado o Suscitante, "por ter sido quem funcionou na audiência de instrução do processo".

A ação foi distribuída ao Juiz de Direito, (fls. 2v), que funcionou normalmente e proferiu despacho saneador. Havendo o eminente titular da 3.ª Vara Cível, que substituira o da Fazenda, negado sua vinculação ao feito, foram os autos conclusos ao Dr. Pretor da 1.ª Vara Cível, no exercício da Pretoria fazendária, o qual exarou simples despachos e presidiu a audiência de instrução e julgamento. As partes não produziram qualquer prova, limitando-se a, na audiência, reafirmar quanto fôra dito anteriormente.

No artigo 24, expressamente dispõe a Lei 960 de 17 de dezembro de 1938:

> - "A causa deve ser julgada pelo próprio Juiz que ordenar o processo" (artigo 19).

Assim, competente seria o esclarecido Juiz da 3.ª Vara Cível, prolator do despacho saneador (fls. 24/5), se interpretada a lei em seu sentido literal, desprezados mais importantes princípios disciplinadores da ordem processual. Admite o citado artigo 24, no parágrafo único, possa a causa ser decidida por outro Juiz, que não o ordenador — **por impedimento legal.**

Face a essa norma, correta foi a conduta do nobre titular da 3.ª Vara, que hoje honra o Egrégio Tribunal de Justiça como seu Membro efetivo ao dizer-se incompetente, porquanto oficiara meramente como substituto, durante o período das férias coletivas quando investido nas funções de Juiz plantonista, exercendo cumulativamente as Varas Cíveis. Não havendo iniciado instrução, perdido o poder jurisdicional sôbre a causa, **em virtude da lei**, ao fim do plantão, sua incompetência era absoluta, não se lhe aplicando o artigo 24 da Lei Federal n. 960, com êsse entendimento não se vulnerando o princípio da **immediatezza**, na mais diligente pesquisição da **mens legis.**

Dando seguimento à lide, o Dr. Pretor da 1.ª Vara Cível, à frente da Pretoria da Fazenda Estadual, lavrou alguns despachos interlocutários ordenando o cumprimento da parte final do saneador, a juntada de ofício informativo da Secretaria da Fazenda, o adiamento (a pedido) da audiência de instrução e julgamento, a designação dessa audiência e, por fim, presidiu-a.

Sua condição de substituto, **por si só**, não era impediente do ocasional exercício da função ordinatória da qual não dimanaria sua vinculação Assenta a divergência, de feição negativa, tão sòmente quanto ao poder vinculatório da simples presidência da audiência última.

O princípio da identidade física do Juiz, conseqüência lógica da oralidade processual, deve observar-se no curso todo da demanda. Preceitos de ordem pública, ressurtem dos artigos 39 e 120 nos mais vigorosos matizes. Todavia, tem-lhe sido aplicados temperamentos, quebrando-lhes as arestas e doutrina e a jurisprudência, no ajustamento da norma à realidade compreendida e aplicada a **mens legis** com menor rigidez literal, porém, de maneira mais consentânea aos interêsses que disciplina.

Em essência, quer a lei seja a causa decidida pelo Juiz que a conheceu, ordenou sua marcha e presidiu sua instrução. Dirigindo a colheita dos elementos de cognição, ninguém melhor que o Juiz integrado no processo, poderá julgar o litígio. "Um dos princípios de técnica da organização judiciária e do processo, é o da permanência subjetiva do Juiz", afirma Pontes de Miranda (Cód. Proc. Civ. I, pág. 434). De maneira concreta, firmou-se exegese inteligente e serena, vinculadora do Juiz da instrução ao julgamento, pela incindibilidade da audiência, mantida a regra em sua inteireza, mas alimpada de erronias literais. Inexcogitável, pois, aplicar-se o princípio da imediatidade

ao que ùnicamente exarou o saneador. No mais, tem-se entendido que está obrigado a julgar quem dirige a prova interpretadas as expressões — instrução em audiência — no sentido estrito de produção de prova, ou, seja, tudo quanto se faça em audiência com a finalidade de esclarecer a causa que influirá substancialmente na sua decisão, "para que se não rompa a permanência subjetiva, quando o Juiz já ouviu as testemunhas e as partes, bem como já conheceu o resultado das perícias" (Pontes de Miranda ob. pág. cit.).

O princípio da imediatidade é resultante econômica e política do princípio da cencentração. Não havendo instrução em audiência, contidos na documentação inicialmente exibida os elementos de cignição, é conclusão lógica a desvinculação do Juiz que eventualmente se achou à frente da audiência final do litígio.

In casu ocorreu exatamente isto. Nenhuma prova foi aduzida em audiência, lendo-se no respectivo têrmo: — "Iniciado o serviço **e como não havia prova a ser realizada**, o Dr. Pretor determinou fôsse realizado o debate oral" (fls. 63), no qual as partes sustentaram as alegações iniciais da demanda, sem mais.

Afirmando sua incompetência não ofende o Suscitante o princípio da identidade física, eis que fôra a causa distribuída ao Dr. Juiz de Direito e os elementos de convicção, atinentes à matéria de direito, não foram carreados para os autos em audiência de instrução sob sua direção.

"Quer a lei que o Juiz que houver dirigido a instrução, ouvido as testemunhas e as partes e as explicações dos Peritos, seja o mesmo que profira a sentença", diz Pedro Batista Martins (Cód. Proc. Civ., I, pág. 359).

O simples debate oral, não obstante sua importância, é destituído de poder vinculatório, doutrinando o douto Lopes da Costa que "o imediatismo visa **principalmente à prova testemunhal**" (Dir. Proc. Bras., 423), cabendo destaque a julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no seguinte relanço:

> — Ainda que o debate oral tenha certa relevância distingue-se da instrução em audiência (arts. 269 e 270 do Cód. de Processo Civil) e pode ter lugar sem a sua ocorrência e dêle fica a súmula no processo, por onde o Juiz se habilitará a proferir julgamento sem necessidade de firmar convicção ou impressão pessoal e da qual resultaria a pretendida vinculação" (Rev. For., 176, pág. 259).

Apreciando a matéria, salientando que o artigo 120 do Código de Processo Civil fala do Juiz que funciona na instrução do processo em audiência e não do Juiz que preside a prova em audiência de instrução e julgamento, em excerto de sentença, mostrando que audiência de instrução e julgamento e instrução do processo em audiência podem parecer expressões sinônimas e idênticas, mas que, processualmente, sòmente por sensível erronia poderiam ser assimiladas disse o Juiz Martinho Garcez Neto:

> — Suficiente é que o Juiz ouça, em audiência, partes, testemunhas ou peritos, para que haja instrução do processo, para que o Juiz haja instruído o processo em audiência. Instruir um processo é informá-lo (Cândido de Figueiredo — Dic. cit.). E informa-se o processo, esclarece-se em processo, ouvindo-se as partes, as testemunhas, os peritos em audiência, se o Juiz está presente, funcionando" (O Proc. à Luz da Jur., vol. IX, 4.º Sup. pags. 167/8).

É desacolhida a opinião do conspícuo Representante do Ministério Pblico nesta Câmara, no concernente à prorrogação da competência **ratione materiae, de natureza relativa. Funda-a** Sua Exa. no argumento de que "como substituto do Dr. Pretor da Vara dos Feitos da Fazenda do Estado, tinha competência **ratione materiae**, para julgar os feitos da Vara da Fazenda do Estado".

Repetida por quantiosos tratadistas, é precisa a definição de Boncenne:

> — "A jurisdição é o poder do Juiz; a competência é a medida dêste poder".

Ao estudar a clássica distinção da competência, João Mendes Junior doutrinou:

— "Tanto na doutrina, como nas legislações, têm sido adotados diversos critérios para a determinação da competência, **quer na distribuição das atribuições, quer no exercício das operações hic et nunc.** Sob o primeiro aspecto, a competência denomina-se absoluta ou de atribuição e é regulada pelas leis de organização judiciária; sob o segundo aspecto, a competência é denominada — competência do fôro — e é regulada pelas leis do processo" (Dr. Jud., 38/9). A competência **ratione materiae** chama-se também, de atribuição real, material ou absoluta, denominada a **ratione personae**, pelos processualistas, de territorial, local e relativa.

No particular mostram-se ainda vigorosos os ensinamentos de Pimenta Bueno, cuja obra — Apontamentos sôbre as formalidades do Processo Civil — é sempre invocada. A lição de João Monteiro também é atual:

> — "Fôro de jurisdição prorrogada se diz aquêle ao qual as partes ou por disposição de lei ou por vontade própria, quando lhes seja lícito, se submetem, pôsto que originàriamente fôsse incompetente", ajustada aos dizeres do artigo 148 do Código de Processo Civil (Proc. Civ. e Com., pág. 161, § 43).

Assim, sòmente prorrogar-se-á a competência pela prevenção — a do Juiz que primeiro tomou conhecimento da causa, antes de outro igualmente competente, — continência ou conexão, em um único significado — a determinada pela necessidade de não dividir a continência das causas, quando o réu não opuser exceção e quando a lei expressamente o determinar.

A situação concretizada nos autos, destarte, não pode enquadrar-se nas normas atinentes à prorrogação porquanto inicialmente firmada a competência do Juiz de Direito, do atual substituto não era, inadmissível se afirmar-se competente, e de modo tácito, já na fase final da ação. Pretor e Juiz,, embora competentes para o conhecimento e decisão de causas **ex ratione**

materiae, atuam em planos diferentes da função jurisdicional, falecendo qualidade a um para atuar em processo atribuído ao outro.

Exercia o Dr. Pretor da 1.ª Vara Cível apenas a substituição do Dr. Pretor da Fazenda Estadual. Sua jurisdição estendia-se, pois, até os limites da pertencente ao titular, não podendo ultrapassá-los.

Afonso Fraga, em Instituições do Processo Civil, versando sôbre "incompetência ou excesso do poder jurisdicional" demonstra que a invasão da alheia jurisdição pode ocorrer de duas maneiras diferentes: — "Contra as atribuições de tribunal ou Juiz de ordem hierárquica diversa, como quando o Juiz do cível invade esfera de tribunais privativos de órfãos, do comércio se existir, etc., ou contra as atribuições de tribunal ou Juiz da mesma ordem hierárquica, como quando o Juiz de Santos invade as atribuições do de Iguape. Nesta hipótese, dá-se, segundo os processualistas, **a incompetência**, isto é, **a usurpação** por um tribunal das atribuições de outro da mesma ordem; naquela dá-se **excesso de poder**, consistente na **usurpação** das funções de um órgão doutra ordem" (fls. 435—6). Ponderando configurarem ambas as modalidades de usurpação "vícios idênticos da atividade jurisdicional", salienta o conceituado jurista que "o ato invasor no primeiro caso é nulo **ipso iure**; e, no segundo, é sòmente anulável" (fls. 437).

Evidencia-se, no caso **sub-judice**, que o digno Suscitante teria cometido excesso de poder, se houvesse declarado sua competência, ante a circunstância de não ser Juiz da mesma ordem hierárquica daquele ao qual se distribuíra a causa. Projeta-se a prorrogação em sentido horizontal. Jamais, no vertical. Eivado seria, o julgamento de nulidade absoluta, nessas condições.

A presença do ilustre Suscitante, no feito, resultou de equívoco do cartório, ao enviar-lhe os autos conclusos, conforme reconheceu no despacho de fls. 69/v., ao invés de apresentá-los ao substituto do Juiz de Direito, em destaque a circunstância de já haver sido instalada e suspensa, anteriormente ao seu primeiro despacho, a audiência de instrução e julgamento, como noticia a cópia do têrmo de audiência de fls. 33. De sua incompetência absoluta, derivaria a nulidade dos atos que praticou, não dispusesse o artigo 279 do Código de Processo Civil que "no caso de incompetência do Juiz, sòmente os atos decisórios serão nulos".

É indiscutível que as regras e princípios assentados na doutrina e na jurisprudência, na área do processo civil e comercial, se estendem aos executivos fiscais, não obstante estipular o Dec.-Lei n. 960 a vinculação do Juiz que proferiu o saneador, ao passo que a lei adjetiva comum firma-a a partir da instrução em audiência.

ACORDAM, assim, os componentes da Turma Julgadora da 2.ª Câmara Cível em julgar procedente o CONFLITO e declarar competente o Dr. Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Estadual.

Salvador, 24 de outubro de 1961.

Simas Saraiva — Presidente, com voto.
Claudionor Ramos — Relator *
Evandro Andrade. *

---

* Juízes convocados.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. Exceção de suspeição arguida em execução de sentença. Suspeição de Juiz de Direito por haver funcionado na turma julgadora da apelação, sendo voto vencido, Desembargador seu parente afim em segundo grau Sentença confirmada em apelação e embargos. Nenhum interêsse na causa da parte do juíz, que assumiu exercício na comarca já estando a lide em fase executiva. Inexistência de impedimento na execução de julgado de órgão colegiado. Matéria de direito estrito, as hipóteses de suspeição devem ajustar-se ao texto legal. Exceção não fundamentada. Improcedência.

Exc. Susp. n. 50 — Relator: **DES. CLAUDIONOR RAMOS**

A C Ó R D Ã O

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de Exceção de Suspeição, n. 50, oriundos de Brejões, sendo Excipientes, Manoel Nery da Hora e outros e Exceto o Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Na sede da Comarca de Amargosa, Abílio Augusto Veloso e sua mulher, D. Virgínia Mendes Veloso, promoveram ação de manutencão de posse contra Manoel Nery da Hora, José Benedito e Felipe Farias dos Santos, iniciada em 25 de setembro de 1956.

O processo, em todo seu curso, foi dirigido pelo Juiz Jorge Bacelar Farani, que proferiu sentenca, pela procedência em 4 de novembro de 1957.

Houve Apelação, julgada em 15 de abril de 1959, mantida a decisão de primeiro grau (fls. 145—152 v.), integrando a Turma Julgadora o eminente Desembargador Agenor Veloso Dantas, Presidente da 2.ª Câmara Cível e Revisor no feito, cujo voto vencido (fls. 147v./152v.) propiciou Embargos, unânimemente rejeitados (fls. 161v./162v.), em 26 de novembro do mesmo ano.

Retornaram os autos à Comarca de origem, cujo titular determinou fôssem remetidos para a de Brejões, antigo Têrmo, que então se achava provida (fls. 163 v.). Isto ocorreu em 9 de maio de 1960.

Recebendo-os, mandou o Dr. Juiz de Direito de Brejões (fls. 164), permanecessem em cartório aguardando a iniciativa da parte, a qual, (fls. 165) requereu a expedição de mandado de imissão de posse, "cumprindo-se assim a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça", ao que se seguiu o singelo despacho de "Cumpra-se o Venerando Acórdão da douta Câmara Cível" (fls. 167).

O mandado não pôde ser cumprido, face à atitude hostil de um dos Réus, noticiada na certidão do Oficial de Justiça (fls. 168v./169) e na petição dos Autores de fls. 170/171v.).

Apresentaram os Réus a petição de fls. 173, alegando haver "um lamentável engano da parte dos serventuários da Justiça", oferecendo explicações a respeito da ocorrência, requerendo a decretação de nulidade dos atos praticados, declarando-se certos de que o deferimento fôra concedido no sentido da observância dos artigos 992 e seguintes do Código de Processo Civil.

Despachou-a o Juiz, mandando juntá-la e lhe serem ou autos conclusos, exarando, depois, despacho retificador (fls. 175v.).

Antes, porém, que fôsse cumprido o despacho último, os Réus, em petição de cunho simplista, (fls. 180) levantam a sua suspeição, por haver funcionado no julgamento da Apelação o conspícuo Desembargador Agenor Veloso Dantas, seu sogro.

A argüição foi repelida (fls. 181), por se não enquadrar nas dipoições do artigo 185 do Código de Processo Civil, à falta de interêsse na causa, de sua parte, como na de seu ilustre parente, além de estar em curso procedimento executório de decisão de órgão colegiado.

Decidiu com acêrto o Exceto. O ponderoso e sereno parecer do nobre 3.º Sub-Procurador Geral da Justiça (fls. 191/2) apreciou com segurança a matéria.

A indicação de nomes e datas permite verificar-se, de modo exato, que o Exceto sòmente veio a atuar na demanda cêrca de quatro anos depois da sua propositura, definitivamente julgada em ambas as instâncias, apenas para tornar cumprido o julgado das Câmaras Cíveis Reunidas, que confirmou a decisão da 2.ª Câmara Cível e do Juízo originário.

Limitou-se a determinar a imissão de posse, retificando êsse mandado, para o de manutenção, que não pôde ser cumprido face à exceção levantada

É ponto induvidoso, o de que pode ser argüida na fase executiva, porque a insuspeição do magistrado é garantia de imparcial pronunciamento do órgão jurisdicional e o fato modificador dessa presunção pode ocorrer no decurso todo do pleito judiciário.

Contudo, como restritiva da capacidade funcional, a **exceptio suspicionis** é matéria de direito estrito, não obstante a impossibilidade de previsão de tôdas as suas hipóteses.

Observa Jorge Americano que "as causas de suspeição são precisas e se ligam aos elementos modificadores da isenção do julgador: ódio, afeição, interêsse, amor-próprio" (Cód. Pr. Civ. do Brasil, 1.º vol., pág. 273).

In casu, pois, econômica e moralmente, inexiste o mais leve interêsse pessoal do Exceto, na causa, em a qual ainda, pràticamente, não se integrou.

Carvalho Santos é rigoroso ao ponto de, ao comentar o artigo 185 da lei adjetiva, afirmar que "a enumeração aí feita a seguir é taxativa, tanto mais quanto tudo que se relaciona com a incapacidade é de direito estrito" (C.P.C. Int., vol. III, pág. 68).

Admitindo-se, porém, mais liberal inteligência do texto, consideradas essas causas apenas como as principais, certo é que não perderia o caráter de direito estrito, porquanto os casos necessàriamente têm que se enquadrar nos limites da norma escrita, considerados os elementos modificadores da isenção.

Cabe à justa, neste passo, a observação do Exmo. Sr. Dr. Representante do Ministério Público junto a esta Câmara:

"Pela natural dificuldade com que a êsse respeito se defrontaram os Excipientes, não puderam êles mesmos fazê-lo, em qualquer dêsses incisos. Daí não o indicarem como lhes cumpria" (fls. 192).

O fundamento único da Exceção é o parentesco entre o atual titular da Comarca de Brejões e o Desembargador Agenor Veloso Dantas, integrante da Turma Julgadora da Apelação.

De logo, é de afirmar-se que o parentesco por si só jamais justificará o impedimento acusado pelos Réus, eis que a decisão emanou de votos enunciados pela maioria da Turma, não expressando, assim, a opinião individual dos seus componentes, ante o que se afigura desinfluente afinidade familial.

Uma circunstância, porém, ganha destaque: — o ilustre Desembargador cuja presença no litígio, no entendimento dos Excipientes, gera suspeição, foi a única voz que, na segunda instância se fêz ouvir em defesa dos próprios Excipientes, enfeixados no magnífico voto incluso no Acórdão (fls. 147v./152v.) os argumentos expendidos oralmente.

Do seu voto valeram-se os Excipientes para embargarem essa decisão.

Destarte, se a alguma das partes fôsse dado averbar de suspeito, em decorrência dos laços familiares, o digno Juíz, por certo, seriam os Autores, contra os quais seu sogro votara, nunca, os Réus, em favor dos quais se pronunciou Mas, apagando completamente os vestígios deixados pelo Desembargador Agenor Dantas, está nos autos a decisão, sem discrepância, das Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas (fls. 161v.162v.), da qual S. Excia. não participou.

Apesar da nenhuma fundamentação, considerada a relevância da questão, a restrição funcional trazida ao conhecimento do Tribunal de Justiça, foi recebida e estudada com a necessária seriedade, porque o Juíz desempenha na sociedade missão de suma importância e delicadeza. Podia ser decidida e desprezada de plano, por falta de fundamentação. No interêsse da Justiça, porém, não devia o caso ser solucionado dessa maneira simplista, dessa compreensão dimanando o abreviado estudo dos seus vários aspectos, na aferição dos pressupostos da suspeição.

Ao fim dessa tarefa, é manifesta sua irrelevância e evidente a isenção do Exceto, que se mostrou plenamente ajustado à função de distribuir Justiça, sempre árdua, ao repelir a descabida argüição, mera aventura protelatória.

Acordam, pois, os componentes da Turma Julgadora, sem divergência, declarar improcedente a Exceção, condenando os Excipientes nas custas.

Salvador 10 de outubro de 1961.

Evandro Andrade — Presidente com voto.

Claudionor Ramos — Relator. *

Júlio Virgínio — 3.º Julgador. *

Fui presente: Alberto da Cunha Veloso.

---

* Juízes convocados.

3.ª Câmara Cível

TRANSCRIÇÃO. CANCELAMENTO DE REGISTRO DUPLO DO MESMO IMÓVEL EM COMARCAS DIFERENTES. Dualidade de transcrição do mesmo imóvel em nome de pessoas diferentes, em ofícios de comarcas distintas. Ação de cancelamento de um dos registros, promovida pelo interessado em que o seu prevalecesse: procedência. Incompetência do oficial para proceder o registro de título translativo de propriedade imóvel no qual se declara como situação do mesmo outra circunscrição territorial (C. Civil, arts. 860 e 861).

Nulidade formal resultante da infração às normas registrárias contidas nos arts. 179, 214, 244 e 247, 3.º, do Decreto n. ..... 4.857/39. Cancelamento ordenado com fundamento nos artigos 227, 229, 288 e 289 do mesmo regulamento. Nem o transcribente, nem o oficial podiam admitir situação diversa da constante do título independentemente de sua retificação, mediante processo regular. Êrro de fato, que, se viesse a comprovar, posteriormente, quanto à localização do imóvel, não teria a virtude de invalidar os seus registros anteriores, em que se fiaram de boa fé, os adquirentes: donde justificar-se a denegação de vistoria com aquêle objetivo, por desnecessária e improficua (C. Proc. Civil, artigo 255, II). Agravo desprezado. Competência do fôro da situação do imóvel, que se presume ser a constante dos registros consecutivos e fiéis ao teor dos respectivos títulos. Confirmação da sentença apelada.

Ap. n. 5695 — Relator: Des. RENATO MESQUITA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos de apelação cível n. 5.695, de Ilhéus, sendo apelante Plinio Cardoso Silva e apelado Antônio Theodoro Nascimento Filho, acordam, em 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, os desembargadores que a êste subscrevem, como integrantes da turma julgadora, preliminarmente, contra o voto do Revisor, negar provimento ao agravo no auto do processo interposto pelo réu-apelante contra o despacho saneador, bem como, por unanimidade, à argüição da nulidade da sentença por incompetência do juízo e, ao mérito negar provimento ao recurso, sem discrepância de votos, ficando, assim, mantida a sentença da primeira instância, que bem apreciou as provas e aplicou os princípios jurídicos concernentes ao caso. Custas pelo apelante.

O réu, ora apelante, protestara, na contestação, entre outras provas, por uma vistoria, na qual pretendia demonstrar ser o imóvel rural, cuja dualidade de transcrição discute-se nesta ação, situado no município e comarca de Itacaré e não em Ilhéus. Argüira também, sob êste fundamento, embora sem lhe dar a forma de exceção, a incompetência do juízo, assim como a inépcia da inicial, por êrro da sua fundamentação, que seria não o invocado artigo 227 do Decreto federal n. 4.857, de 9—XI—39, mas o seu artigo 117, donde parecer-lhe indispensável a intervenção do Ministério Público no processo.

O autor opôs, de logo, argumentos às preliminares suscitadas na defesa, o mesmo fazendo quanto à realização da vistoria.

Proferindo o saneador, o Dr. Juiz de Direito da 1.ª Vara Cível de Ilhéus rejeitou a argüição da sua incompetência, uma vez que, não sendo *raiotne materiae*, fôra suscitada fora do prazo legal; repeliu, também, a argüição de inépcia da inicial, sustentando que o êrro na invocação dos dispositivos legais constituiria infração ao item III, do artigo 158, do Código de Processo Civil, tão pouco considerou necessária a participação do Ministério Público no feito, como se pretendia.

Declarou, por fim, saneado o processo, admitindo as provas por que protestaram as partes com exceção da *vistoria* mencionada na contestação.

Foi contra êsse despacho e notadamente contra o indeferimento da prova pericial, que o réu agravou no auto do processo, salientando, ao fazê-lo, a inteira falta de fundamentação do despacho, nesta parte, em que lhe teria sido prejudicada a defesa, cujo principal alicerce seria o fato geográfico da localização da Fazenda Itaí que não mais pertencia a Ilhéus, desde o ano de 1938, quando passara a integrar, por fôrça de modificações então feitas nos limites inter-municipais, o município de Itacaré.

A matéria da incompetência do juízo não está explicitamente focalizada no agravo, embora haja sido renovada como preliminar de apelação.

À unanimidade e pelos fundamentos do próprio despacho, rejeitou-se o agravo no tocante à pretendida absolvição da instância e à intervenção do Ministério Público. Igualmente desprezado o foi, mas desta vez contra o voto do nobre revisor, no tocante à vistoria.

Admitindo, como o fêz a turma, que, apesar da sua inadequada formulação *(protesta-se)*, aquela prova fôra na verdade requerida na contestação, concluiu, entretanto, como o fizera o ilustre *a quo*, pela sua desnecessidade, senão mesmo impraticabilidade, tendo em vista os fundamentos e os objetivos da ação ajuizada.

Observe-se que não se tratava de deslindar questão de limites e demarcação entre prédios rurais particulares, mas de levantar as linhas divisórias entre Ilhéus e Itacaré, o que, está-se a ver, é problema complexo e de interêsse direto, senão exclusivo, das respectivas administrações. Estas, por seu turno, deveriam estar habilitadas a oferecer aos particulares documentação autêntica a êsse respei-

to, tais como certidões completas dos atos legislativos e administrativos atinentes ao assunto, mapas, cadastro, etc.

Vagas, imprecisas, vacilantes e contraditórias são aliás, no particular, as indicações do agravante. Fazendo remontar ao ano de 1938 o deslocamento da Fazenda Itaí do território de Ilhéus para o de Itacaré, não mencionou, contudo, de início qual o ato oficial de que o mesmo resultou, sòmente vindo a fazê-lo agora, nas razões dêste recurso (fls. 206), onde se menciona o Decreto-Lei federal n. 311, de 2—3—38, ao qual também se referem os documentos de fls. 215 e 217v.

Ora, se é verdade que o invocado diploma federal "dispõe sôbre a divisão territorial do país", não menos certo é que o faz apenas em caráter normativo, nenhuma divisão territorial ou demarcação estabelecendo, muito menos de âmbito municipal. Não se poderá, de modo algum, encontrar alí, como se afirma, a *fonte* direta, muito menos a *prova* da pretendida alteração (Cf. Cornélio F. Costa, Legislação que Interessa aos Municípios — 1941). Ela haveria de decorrer de atos específicos do poder estadual e local, baixados em obediência às normas gerais alí traçadas. Sequer apresentado em Juízo foi o mapa previsto no artigo 13 daquele Decreto Lei, regulamentado na Bahia, pelos Decretos estaduais n. 11.089, de 30—XI—38 e n. 11.238, de 1—3—39.

Mas, se as considerações, até aqui desenvolvidas, levaram a maioria da turma a considerar inadequada a prova desejada pelo agravante, a sua despensa resultou, além disto e sobretudo, como se disse acima, dos próprios fundamentos e objetivos da presente ação.

O autor, havendo adquirido, por escritura de 18 de março de 1959, outorgada por Antônio Vieira Reis, a Fazenda Itaí e feita a respectiva transcrição no cartório do 1.º Ofício do registro imobiliário de Ilhéus, na conformidade do que constava no título, de referência à situação do imóvel e à série numerosa e ininterrupta de registros anteriores, veio a ter conhecimento de que outra transcrição fôra processada, relativamente àquele imóvel, pelo réu, na comarca de Itacaré, onde apresentara uma escritura de cessão de herança, feita seis anos antes, por Joana Cristina Lopes da Silva, viúva de Rogério Lopes da Silva, a qual também vendera, posteriormente, em fevereiro de 1957, a sua parte naquela gleba a Ires Santos Benevides, como êste o fizera a Reinaldo Pereira de Almeida e êste a Antônio Vieira Reis, sendo, como acentuado acima, todos êsses títulos translativos concernentes a Itaí levados oportunamente a registro em Ilhéus, com exceção do pertencente ao Réu (docs. fls. 85 a 140).

Em ressalva dos seus direitos dominiais e para prevenir dúvidas futuras, intentou a presente ação visando o cancelamento da transcrição efetuada pelo réu, por considerá-la exótica e extemporânea praticada em desacôrdo com os preceitos legais atinentes à espécie, eivada, por conseguinte, de nulidade formal substancial.

O réu, por sua vez, na sua contestação, argüiu a nulidade de tôdas as transcrições procedidas em Ilhéus, a partir de 1938, pelo motivo já referido, sustentando, assim, o prevalecimento do seu registro.

Discute-se, em última análise, sôbre qual o ofício competente para tais formalidades em face das normas legais vigentes (C. Civil, art. 861; Dec. n. 4.857, art. 179).

A lide versa, portanto, sôbre a competência registrária daqueles cartórios, cujos titulares, para aceitá-la, teriam que se orientar, primordialmente, senão exclusivamente, pelo teor dos próprios instrumentos levados à transcrição, salvo determinação da autoridade judicial a que estavam subordinados.

Foi precisamente para dirimir o conflito surgido com essa dualidade que um dos interessados recorreu à justiça.

Vindo agora o caso a esta superior instância, concorda, a maioria da turma do recurso, com o ilustre *a quo*, na dispensa da vistoria, inclusive porque, como a S.S., também lhe parece que provado que fôsse, através dela, o fato alegado pelo agravante, daí não resultaria, de pleno, a invalidação direta dos registros em que se apóia o autor, como se demonstrará ainda que sucintamente, no exame do mérito.

Se bem que o problema da situação do imóvel seja, de certo modo, uma questão de *fato*, não se poderá resolvê-lo, contudo, ao arrepio da sua vida judiciária, da sua configuração histórico-jurídica, cujo conhecimento não se adquirirá no campo, mas através documentos e registros pré-existentes, que lhe assinalam a trajetória no tempo e no espaço. Conquanto se faça ressentir, entre nós a falta de um cadastro imobiliário, é naqueles registros que os interessados podem encontrar elementos de *certeza jurídica*, relativa aos fatos condicionantes dos negócios de que participem.

Não se poderá ignorar, em relação a Itaí, à luz da farta documentação exibida, essa dimensão jurídico-especial.

Com fundamento, portanto, no mesmo artigo 255, II, do C. de Processo Civil, invocado pelo ilustre *a quo*, despreza-se o agravo.

A questão da incompetência do juízo, embora, segundo pareceu à turma, não esteja incluída no agravo foi, como exposto no relatório e acima repetido, renovada como preliminar autônoma do recurso, sendo unânimemente rejeitada.

Não se discute aqui a competência correcional do juiz de Itacaré para ordenar administrativamente retificações nos registros subordinados à sua jurisdição. A questão *sub judice* transcende do mero processo de registro.

Argúi-se a *nulidade* de uma transcrição, em confronto com outra que se reputa válida, a ser decretada mediante ação de caráter nitidamente real, ainda que negatório. A retificação atinge o registro na sua integralidade; é a sua anulação ou desfazimento.

Tendo-se, pois, em vista, a natureza do direito material a ser protegido concluir-se-á, pela natureza real da ação correspondente, donde emerge o critério determinante do fôro competente (e não do juízo) que a lei fixa como sendo o da situação do imóvel (C.P.C. arts. 133, II, e 136).

E para se saber de início e *a priori* qual seja esta, ter-se-á que levar em conta como já assinalado, o que a respeito consta dos documentos e registros concernentes ao próprio bem.

Ora, no caso, todos êles, menos o impugnado, mencionam Ilhéus o que basta para espantar a dúvida. Nenhum problema de competência *ratione materiae* existe a ser considerado no caso, suscetível de levar a outra solução.

Pelo que até agora se expôs, verifica-se que na decisão dessas preliminares encontram-se as premissas da conclusão a que, no mérito, chegou a turma, desta vez, sem divergência.

Nenhum argumento ou prova trouxe o apelante que pudesse infirmar a sentença ora mantida.

Ponha-se, entretanto, em relêvo que a nulidade da transcrição feita no registro imobiliário de Itacaré resulta de logo evidenciada do cotejo entre o seu teor e o do título transcrito (cf. 85 e 140).

Neste, que é uma escritura pública de cessão de herança (fls. 140), declara-se expressamente estar a Fazenda Itaí situada no município e comarca de Ilhéus e faz-se referência à transcrição anterior também alí procedida.

Ainda mais, a procuração passada pelo cessionário, o ora apelante, também localiza a Fazenda Itaí em Ilhéus (fls. 144).

Não se poderia exigir maior objetividade para a determinação da competência registrária e a verificação da veracidade do teor da transcrição.

Está-se a ver, portanto, que, em face do próprio documento levado a registro, não podia o titular do cartório de Itacaré aceitar a sua competência para o ato (Dec. 4.857, art. 247, 3.º- e proceder, de plano, à abertura de um têrmo em livro onde aquela propriedade ia figurar pela vez primeira.

Mas para assim pronunciar-se, encontrou o Dr. Juiz todo um acervo incontroverso de documentos confirmadores daquela presunção em que, de indiscutível boa fé, baseou o apelado a sua conduta.

Violavam-se, a um tempo, normas legais relativas à competência (C. Civil, art. 861; Dec. 4.857, art. 179), à veracidade (Des. 4.857, art. 227) e à continuidade dos registros (id. arts. 214 e 244).

Aí está por que se tem e se proclama como nulo o registro feito nessas condições (id. arts. 229, 289 e 290, § único).

Nulidade formal, inerente ao próprio registro e independente do título (Cf. Serpa Lopes, in. Trat. dos Registros Públicos, vol. 4.º, pg. 306).

Se alguma dúvida houvesse quanto à propriedade da ação, contra o que, aliás, nada se argüiu, dissipada estaria a mesma ante a natureza da nulidade judicialmente decretada.

Depara-se-nos um procedimento de caráter precipuamente declaratório (negatório), com efeito e reflexos de natureza cominatória e preventiva. Com o mesmo obsta o autor qualquer futura reivindicação do transcribente infiel.

Os argumentos, aliás, da boa fé e do prejuízo invocados pelo apelado, não são despicientes, como bem o demonstra o parecer do eminente civilista baiano, o Prof. Orlando Gomes, trazido aos autos e colhido, com razão, pelo ilustrado *a quo* em sua decisão. Constituiria êle um dos motivos para se considerar a vistoria, protestada pelo apelante, desnecessária e improfícua, porquanto jamais poderia o seu resultado invalidar, por si só, o que poderíamos chamar de *estatuto jurídico* do imóvel questionado em matéria registrária.

Plenamente eficazes continuam, por conseguinte, os registros que o integram, para segurança das transações imobiliárias.

Se fatos e atos jurídicos porventura houvessem surgido, capazes de alterar a jurisdição a que se prende aquela gleba, não poderão surtir efeito senão mediante a indispensável publicidade oficial, que os leve ao conhecimento de todos, autoridades e particulares, para os devidos fins.

No caso, tanto mais se impõem êsses princípios, inopinadores do nosso ordenamento jurídico (C. Civil, arts. 967 e 968) quando é certo não revelar a conduta do apelante, cuja análise não se faz mister aqui, a mesma diligência e boa fé em que se ampara o apelado.

Salvador, 9 de agôsto de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente e Revisor.

Renato Mesquita — Relator.

Voto vencido do Revisor: — Minha divergência consistiu no reconhecimento da indeclinabilidade do provimento ao agravo no auto do processo, interposto pelo réu Plínio Cardoso da Silva, ora apelante. E' que êste requerera, na contestação, a realização de uma vistoria, que foi indeferida; daí, o agravo, que conheci, para prover ficando vencido.

Visava a diligência a exata, perfeita e integral localização da indicada fazenda, cujo registro, em parte, no ofício imobiliário de Itacaré, para o respectivo cancelamento, foi o objeto da ação, porquanto a mor parte da propriedade, pertencente ao apelado, foi transcrita no ofício da Comarca de Ilhéus. Dispensando a perícia e louvando-se, em documentos, jura o autor que a fazenda tôda jaz em Ilhéus.

Mas, por sua vez, o réu, apelante, insistiu peremptòriamente pela vistoria e não se rendeu ao insucesso da primeira instância. E' intrincado o modo pelo qual o réu adquirira uma parte da fazenda Itaí e isso não poderia ser definido, através do recurso manifestado da sentença proferida numa simples ação de cancelamento do registro.

Mas o réu afirma que fizera o registro em Itacaré, em face da lei de 1938, que retificou os limites dos municípios de Ilhéus e Itacaré, ficando a fazenda nas raias do segundo ou na zona limítrofe. E, tais circunstâncias considerei a perícia a vistoria, a melhor das provas, benéfica, acolhível e aclaradora, nunca uma superfetação.

Não pude, assim, compreender a relutância, a obstinação do autor, apelado, em evi-

tar uma prova decisiva e convincente e que em nada poderia prejudicar o seu direito. O Código Civil ordena, no art. 861, que as inscrições ou transcrições serão feitas no registro correspondente ao lugar onde estiver o imóvel.

O Decreto n. 4.857, concernente à execução dos registros públicos, estabelece no § único do art. 179:

> "Em se tratando de imóveis situados em comarcas ou circunscrições territoriais limítrofes, o registro deverá ser feito em tôdas elas".

Quando dei pela conveniência da perícia, fi-lo porque a verificação é perfeitamente praticável porque a cosntatação depende, sobretudo, do Juízo especial de técnicos.

Com a dispensa da vistoria, seria mais segura e legal solução a mantença de ambos os registros, com o provimento, em parte, da apelação, pela deficiência de prova, cabal e sobranceira a dúvidas, prova que não podia e não foi produzida, nesta ação confinada ao cancelamento do registro.

Mas, vencido, quanto à realização da vistoria, e considerando superada a alegação de incompetência do Juízo, — fiquei desarmado, ao mérito, para me opor ao julgamento que se tornou vitorioso.

W. de Oliveira e Souza.

DESQUITE AMIGÁVEL. HOMOLOGAÇÃO. Desquite por mútuo consentimento. Estando inequívoca e desenganadamente manifestada a vontade dos cônjuges, a função revisora, na segunda instância, não pode ir além da verificação do cumprimento das exigências sacramentais do processo, que foram observadas na espécie, sem quebra das regras atinentes ao partilhamento dos bens e à pensão alimentícia devida à mulher. Influência do reduzido patrimônio do casal e dos encargos que pesaram sôbre o cônjuge varão. Confirmação da decisão homologatória do desquite.

Ap. n. 5276 — Relator: Des. GEMINIANO CONCEIÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, n. 5276, de Muritiba, em que é apelante o Pretor do Têrmo e, apelados. José Cerqueira de Santana e sua mulher.

Trata-se do desquite por mútuo consentimento do casal José Cerqueira de Santana-Matilde Maria de Santana, processado e julgado na Pretoria do Têrmo de Muritiba, da Comarca de S. Félix.

Pelo acórdão de fls. 22 e v. foi convertido o julgamento em diligência, em atendimento ao parecer do Exmo. Sr. Dr. 3.º Sub-Procurador Geral da Justiça, — em virtude da deficiência de descrição dos bens do casal sôbre que repousa a partilha; pela falta de estimação dos bens para a conferição da igualdade da partilha; pela não fixação da quota necessária à mantença de três filhos do casal, menores, — que ficaram em poder da desquitanda. Notou, afinal, — o acórdão, que a decisão homologatória do desquite não fôra publicada em audiência, — nem houve dela, intimação às partes. Baixados os autos à Pretoria de origem, — lavrou-se o têrmo de fls. 24v. a 25, a título de sanação das omissões apontadas no acórdão, — publicou-se a sentença homologadora do desquite, — voltando os autos a esta Instância, onde novamente oficiou o ilustre Dr. Sub-Procurador, com o parecer de fls. 27 a 29. S. Excia. acentuou: — Que as partes não foram intimadas da sentença homologatória, de nada valendo a observação feita — no acórdão —; que o verbete do Ministério Público sôbre a deficiência da descrição dos bens partilhados redundou inútil, — mais acentuada agora quando, — esclarecendo terem apenas a posse de benfeitorias, — os desquitandos se limitaram a atribuir-lhes um valor total indiscriminado; que avaliados os bens descritos em Cr6 40.000,00, — ficou a espôsa com vinte mil cruzeiros, tornando-se, dêsse modo, — ambíguo, — o ajuste — porque se omitiu a perduração da cláusula, pela qual a mulher teria, ainda, a casa de morada. A respeito da casa, tendo prevalecido na ratificação — decorrente das advertências do acôrdão de fls. 22 e v, a cláusula 4.ª do acôrdo inicial de fls. 2 e v, — apesar de certo desencontro entre o que foi ajustado inicialmente e o que veio a ser declarado na ratificação de fls. 24v. a 25, — deve se compreender, como também incluída no quinhão da desquitanda, a casa de moradia, além dos Cr$ .... 20.000,00, consoante o estipulado no referido acôrdo inicial.

Como se vê, trata-se de um casal, de manifesta míngua de haveres, vislumbrando-se que o proprietário do limitado trato de terras, — onde ficam as benfeitorias, — é o pai da desquitanda, — conforme a referência de fls. 2 e a afirmativa de fls. 24v. A desquitanda anuiu à ratificação feita em Juízo, assinando a rôgo dela o mesmo cidadão que o havia feito, anteriormente.

Assim sendo, tratando-se de desquite por mútuo consentimento, a vontade dos cônjuges está expressa, indubitàvelmente, — sem prejuízo para a desquitanda, — até porque, — de um lado, — as terras, — onde ficam a malhada de fumo, a casa de morada e a casinha, com o motor, para fabrico de farinha, pertencem ao pai da desquitanda; — de outro lado, a cargo do marido pesou a liquidação das dívidas, no total de Cr$ 47.000,00, visto que não foi desfeito, quanto a isto, o assentado no ajuste inicial.

Sem dúvida e como salienta o Dr. Sub-Procurador, é ínfima a base estabelecida para o sustento dos três filhos que ficaram em companhia da mãe, — Cr$ 150,00 — para os três.

Mas, também merece ser ponderado que o casal, em realidade, pouquíssimo, ou quase nada possui e que o desquitando arcou com pesados encargos e ficou com três filhos, — trabalhando êle nas terras do sôgro, onde se

localizaram as benfeitorias e os pequenos imóveis.

E deve ser levado em conta que o encargo alimentar, por mandamento legal, está sujeito à revisão.

Isto pôsto, — e considerando que a função da instância revisora, num processo desta natureza, foi satisfatòriamente exercitada, dentro nos devidos limites, — sem que se deixe de reconhecer as louváveis cautelas que orientaram a desincumbência do nobre Representante do Ministério Público, — acordam, em sessão da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, sem discrepância, — negar provimento à apelação.

Bahia, Salvador, 16 de agôsto de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente e Relator.

Wilton de Oliveira e Sousa — Revisor.
Adhemar Raymundo *
Fui presente: *Ivan Americano.*

---

* Juiz convocado.

SEGURO. TRANSPORTE TERRESTRE. SUB-ROGAÇÃO LEGAL. VALOR DOS DANOS A SEREM INDENIZADOS

— No transporte terrestre, tem lugar a sub-rogação legal do segurador nos direitos do segurado à indenização a cargo do transportador.

— Reconhecida a existência do dano, não deve a ação ser declarada improcedente por falta de elementos para a fixação de seu valor.

Ap. n. 5.392 — Relator: DES. OLIVEIRA E SOUSA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 5.392, da capital, apelante THE HOME INSURANCE COMPANY NEW YORK e apelada a EMPRÊSA TRANSPORTADORA BAHIA-RIO LTDA.

ACORDAM os Juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem discrepância de votos, não conhecer do agravo no auto de processo e, por maioria, dar provimento ao apêlo para, reformando a decisão recorrida, julgar a ação procedente e condenar a Ré ao pagamento de uma indenização correspondente aos danos sofridos pela mercadoria transportada e a ser oportunamente arbitrada, além de custas e honorários, arbitrados êstes em 20% sôbre o valor de indenização.

1 — Agravou a apelada do despacho saneador — fls. 23 — sustentando não terem sido apreciadas as preliminares arguídas na contestação, quais as de ilegitimidade ad causam e carência de ação por falta de exibição de formalidade imprescindível ao ajuizamento do pedido. A verdade, porém, é que o dr. Juiz, entendendo necessitar de melhores esclarecimentos, transferiu, expressamente, a apreciação dessas preliminares para a decisão final e vêm elas efetivamente, decididas na sentença proferida.

Daí o não conhecimento do agravo por falta de objeto.

2 — Sentenciando o feito, repeliu o dr. Juiz a argüida carência de ação por falta do protesto previsto no art. 756, § 4º, do Código de Processo Civil e, adotando a da **ilegitimidade ad causam** da parte autora, deu ainda pela improcedêcia da ação declarando que "se não fôsse reconhecer a autora parte ilegítima no feito por não provar o seu direito de sub-rogada, julgaria a ação insubsistente pela ausência de provas do valor da avaria que a autora e sua segurada acham ser de Cr$107.508,60".

3 — Razão não assiste ao Juiz quando considera a autora parte ilegítima **ad causam**.

A ilegitimidade resultaria da falta de prova da existência de convenção no sentido de sub-rogar-se a autora nos direitos do segurado para haver da transportadora uma indenização pelos danos causados à mercadoria transportada, de vez que, para o prolator da decisão, nos seguros de mercadorias transportadas por terra inexiste sub-rogação legal do segurador nos direitos do segurado contra o transportador.

A transmissão dos direitos do segurado ao segurador, no terreno do transporte marítimo, não oferece margem a qualquer discussão porque decorre, expressamente, do art. 728 do Código Comercial.

Quanto à sub-rogação legal do segurador terrestre, embora venha sendo objeto de dúvidas por parte de alguns, destacando-se, entre êstes, M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (Contratos, Tomo II, n. 311) e, recentemente, MÁRIO MOACIR PORTO (Rev. Forense, vol. 84, pág. 34) e MOACIR LOBO DA COSTA (Rev. Tribunais de S. Paulo, vol. 198/20), a verdade é que sempre foi uniformemente admitida por todos os Tribunais e sustentada por doutos na matéria.

RAUL TELLES RUDGE, em apreciável obra sôbre "Seguro Contra Incêndio no Direito Brasileiro" (1954), entende que os pronunciamentos daquêles que põem em dúvida a existência dessa sub-rogação constituem ecos da velha controvérsio que dividiu os tratadistas franceses, antes de 1930. E demonstra, com segurança, que no Direito Brasileiro a sub-rogação se opera por fôrça do art. 985, III, do Código Civil, e quando não se entenda essa disposição rigorosamente compatível à espécie, admite êle que seu abono viria do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao determinar a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito, invocando, ainda, o art. 728 do Código Comercial.

A sub-rogação pode ainda decorrer, como ensinam alguns, do art. 1.524 do Código Civil, que assegura a quem ressarcir o dano causado a outrem, o direito de reaver daquele por quem pagou, o que houve pago.

Entre os que versaram a matéria e admitem a sub-rogação do segurador que indeniza nos direitos que em conseqüência do prejuizo competiam ao segurado, encontram-se: STOLL GONÇALVLES — Seguro Contra Fogo; J. M. CARVALHO DE MENDONÇA — Tratado, vol. VI; CARVALHO SANTOS — Código Civil Interpretado, vol. 13/80 e vol. 19/367; CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO — Prática Civil, vol. 7º, pág. 16; NUMA P. DO VALLE — Seguro Terrestre, pág. 284.

Os Tribunais, por sua vez, como já esclarecido, estão perfeitamente integrados na corrente tradicionalista, orientando-se, sem discrepância nem mesmo do Supremo Tribunal, no sentido de admitir a subrogação porque "além do princípio geral da lei civil, no próprio Código Cimercial há dispositivo expresso mandando decidir pela analogia com aplica-

ção do disposto sôbre seguros marítimos (art. 665)" — (Ac. unânime do T. Federal de Recursos, in Revista Forense, vol. 127/447).

Em idêntico sentido inúmeras outras decisões, entre elas as publicadas: Revista de Direito — vol. 103/379; Revista Forense — vols. 32/76; 67/768; 74/84; 75/295; 82/800; 97/38; 111/59; 127/444; 129/174.

Não podia vingar, conseqüentemente, o atendimento do Juiz.

4 — Finalmente, também adotado não foi — e aqui unânime foi o pronunciamento da turma — o ponto de vista do **a quo** ao declarar que se ilegítima não fôsse a parte autora a ação seria insubsistente pela ausência de prova do valor da avaria.

Discrepou o Juiz da técnica indo até ao mérito, quando reconhecera e declarar a autora parte ilegítima. Mas tendo assim procedido, com acêrto não se andou, ainda dando pela improcedência da ação tão sòmente por faltar no processo elementos que autorizassem a fixação do valor da avaria. Constatada, como ficou, a existência do dano, oportunidade haverá, quando se processar a execução, para o arbitramento.

Salvador, 16 de agôsto de 1961.

Wilton de Oliveira e Sousa — Relator.
Renato Mesquita
Pondé Sobrinho — Vencido.

Voto vencido: Mantinha em suas conclusões, a sentença apelada, negando, pois, provimento à apelação interposta, por isso que, em meu sentido, o Apelante não se apresenta com o direito que se irroga, baseado na pretensa sub-rogação dos direitos da segurada.

A hipótese não é a de sub-rogação convencional.

Nem o apelante se pode dizer favorecido pela sub-rogação legal, instituto com que o nosso **jus positium** não ampara o segurador contra os riscos do transporte terrestre, consoante magistral artigo (v. Rev. Forense, vol. 147/38), à luz da melhor doutrina e do direito comparado, convincentemente o demonstrou Moacir Lôbo da Costa.

Êsses, em suma, os motivos por que concluí que o direito que se arroga o apelante é insusceptível de reconhecimento e confirmação judicial.

AÇÃO DECLARATÓRIA. CABIMENTO

Os têrmos amplos do parágrafo único do art. 2º do Código de Processo Civil justificam a propositura de ação declaratória, ainda que haja violação de direito, capaz de legitimar o exercício de ação condenatória para aplicação da sanctio juris.

Ap. n. 5582.
Relator: — DES. ADEMAR RAIMUNDO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n. 5.582, de Esplanada, em que são apelantes José Guimarães e sua mulher e apelado José Pinto de Souza.

Acordam os Membros da Terceira Câmara Cível, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo, e, no mérito, negar provimento à apelação, para manter a brilhante e bem fundamentada sentença, cujos fundamentos adotam.

Na contestação, o apelante, réu na ação declaratória, argüiu a impropriedade da ação, Alegou que, dada a existência da lesão de direito, inidônea é a proposta, cuja finalidade é prevenir litígios.

O Dr. Juiz repeliu dita preliminar, ensejando o agravo no auto do processo. Pelo art. 2º, parágrafo único do Código de Processo Civil, para se propor a ação declaratória, basta ter legítimo interêsse em remover a incerteza a respeito da existência ou inexistência de determinada relação jurídica.

No caso dos autos, o conflito de interêsses promana de ato positivo de violação, por parte do réu, qual a sua atitude de se servir de uma estrada, sob a alegação de ser titular de um direito de servidão de passagem.

O autor, ora apelado, antes mesmo de procurar resolver dito conflito, através de ação condenatória para aplicação da **sanctio juris** do preceito secundário da lei, preferiu obter o acertamento da relação jurídica litigiosa, dada a incerteza que o domina.

A concomitância das duas ações, a condenatória e declaratória, não obsta a propositura desta. A doutrina esclarece, perfeitamente, o assunto, solvendo o caso, de modo a permitir o uso da segunda, ainda que haja violação de direito. V. **Frederico Marques, Instituições — Vol. 2º — pg. 49; Torquato Castro: "Ação Declaratória" — pg. 125; Buzaid — "A Ação declaratória" — pg. 153; Jorge Americano — Comentários ao C. Proc. Civil — Vol. 1º pg. 452.**

No mérito merece confirmada a sentença apelada. Alega o apelante que o seu pai se utilizara da servidão de caminho há mais de 25 anos.

Mas, para que exista dita servidão, direito real sôbre coisa alheia, imprescindível a sua constituição. As servidões, ensinam os mestres, constituem-se por ato voluntário, por usucapião.

Não há nos autos prova de que o apelante ou qualquer dos seus antecessores tenha sôbre o prédio apelado dito direito real. Como se falar de direito real sôbre coisa alheia sem título de aquisição dêste direito? E o usucapião? Dispõe o art. 698 do Código Civil que a posse incontestada e contínua de uma servidão por dez ou vinte anos, nos têrmos do art. 551, autoriza o possuidor transcrevê-la em seu nome.

Exige o legislador que a posse da servidão seja incontestada e contínua, isto é, que seja legítima, capaz de fundamentar o usucapião. Onde a prova nos autos dêsse requisito? A simples serventia, tolerada pelo autor, permitindo o uso do caminho, PODE SER ATO DE MERA TOLERANCIA, não dá direito à servidão. É imprescindível, diz Carvalho Santos (C. C. Int. Vol. IX — pg. 174) ainda que a servidão seja exercitada a título de direito e não apenas por mera tolerância ou familiaridade".

Ora, os autos provam que o caminho utilizado pelo apelante não é o único que dá saída para a estrada vicinal, da mesma forma que os peritos afirmam não ser o terreno dos réus encravado. O réu varão afirma no seu depoimento pessoal, "que tem passagem por consentimento de José Pinto". Evidente que inexistia posse incontestada e contínua de direito de servidão, capaz de servir de fundamento ao usucapião, dada a circunstância de que utilizando-se do caminho, por fôrça do consentimento do autor, para evitar uma grande volta de mais de dois (2) quilômetros", sem estar, portanto, privado de outra

serventia, não podem os apelantes ser beneficiados com o disposto no art. 698, do C. Civil, porque à sua pretensão se opõe o disposto no art. 562 do mencionado diploma legal.

Salvador, 27 de setembro de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente, com voto.

Adhemar Raimundo — Relator *
Renato Mesquita — Revisor

* Juiz convocado.

HONORÁRIOS MÉDICOS. RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE E NÃO DO PACIENTE. Honorários médicos: a obrigação de satisfazê-los decorre, via de regra, de relação contratual. A lei não impõe forma especial à locação de serviços profissionais, nem mesmo a que resultaria do valor dos honorários respectivos, que poderão ser arbitrados.

Admite-se, inclusive, que êle se haja firmado tàcitamente e se demonstre por presunção. Responde pelo seu pagamento o contratante, que pode não ser o consulente, nem o doente submetido a longo tratamento. O fato de se cuidar de maiores, diplomados até, mas residindo no domicílio do Pai e, ao que tudo indica, às suas expensas, não elide a presunção de que sob a tácita responsabilidade contratual do mesmo haja o facultativo prestado seus serviços.

Inadequada invocação do art. 1.521 do Código Civil.

Ap. n. 5027 — Relator: Des. RENATO MESQUITA

A C Ó D Ã O

Vistos relatados e discutidos os autos da apelação cível n. 5.027, da Capital, sendo apelante Calixto Fahel e apelado o Dr. Antemar de Oliveira Campos, acordam os juízes da 3.ª Câmara Cível, integrantes da turma julgadora, preliminarmente, conhecer do agravo no auto do processo, interposto pelo réu ora apelante contra o despacho saneador, na parte em que desatendeu ao seu pedido de absolvição de instância, mas para lhe negar provimento, o mesmo fazendo no tocante à apelação, pelos fundamentos a seguir sucintamente expostos. Custas pelo apelante.

— A matéria de fato e de direito da presente demanda acha-se fielmente resumida no relatório de fls. 183-185, que fica incorporado ao presente decisório.

— A turma conheceu do agravo de fls. 50-51, tendo em vista que o despacho saneador parcialmente impugnado não fôra oportunamente comunicado às partes ou aos seus representantes judiciais, tendo o agravante alegado na audiência inicial da instrução que sòmente então ficara inteirado do seu conteúdo manifestando de logo o propósito de recorrer (fls. 47), como o fêz, na realidade e no prazo, contado da referida ciência.

Estava, porém, com a razão o digno *a quo* denegando a absolvição liminar pleiteada pelo agravante, de vez que o seu fundamento envolvia, no caso, a questão principal a ser decidida, precisamente a de saber-se qual o responsável pelo pagamento dos honorários médicos cobrados nesta ação.

A apreciação do assunto teria, pois, necessàriamente, que ser transferida para o julgamento final da causa, como agora o deverá ser para a decisão relativa ao mérito do recurso.

— No relatório de fls. já se ressaltou que a presente ação fôra movida pelo autor, ora apelado, diretamente contra o apelante, por considerá-lo o verdadeiro obrigado à satisfação dos honorários, conforme expôs no libelo, embora considerasse, no fecho da inicial, os pacientes Cícero e Julieta, filhos maiores do apelante, como litisconsortes a serem informados da lide em seu curso. Tal direção é confirmada na petição de fls. 35.

E' também verdade que a citação foi efetivada contra os três (pai e filhos) solidàriamente, que assim contestaram a ação, sendo que o apelante, como já dito, para pleitear a sua absolvição liminar, alegando sua ilegitimidade *ad causam*, uma vez que seria pessoa estranha à relação jurídica ajuizada, enquanto no mérito os assim considerados réus procuraram negar a existência da dívida cobrada, ainda que sem contestar os serviços, mas alegando a sua ineficiência e mesmo imperícia, donde ser, ao contrário, o autor que lhes deveria ressarcir danos e prejuízos.

Não houve, contudo, reconvenção nesse sentido.

A sentença, por seu turno, julgando a ação procedente, condenou os réus ao pagamento da conta apresentada pelo autor, desprezando, neste particular, o arbitramento de fls. 76-86, respostas aos 1.º, 2.º e 3.º quesitos.

O m. m. *a quo* não chegou a deslindar o problema jurídico concernente à determinação do verdadeiro, senão único obrigado, na hipótese dos autos, ao pagamento dos honorários, o que pressupunha a conceituação da natureza da relação jurídica configuradora do exercício da profissão médica. S.S. teria, ao que parece, reconhecido uma solidariedade obrigacional entre os réus.

Mas sòmente Calixto recorreu da sentença, para renovar nesta superior instância tudo quanto alegara na primeira.

Cabia à turma julgadora verificar, precipuamente, a posição do recorrente no pleito e a conclusão a que chegou, sem discrepância, foi a de que, nas circunstâncias do caso, o apelante deveria ser considerado não apenas um dos co-obrigados, mas o único, donde negar-se-lhe provimento ao recurso.

Isto porque as relações jurídicas oriundas da prestação de serviços médicos revestem-se, em sua generalidade, de natureza contratual, estando subordinadas às normas comuns estabelecidas para a formação dos contratos, além das especiais da locação de serviços e das es-

pecialíssimas inerentes ao próprio mister hipocrático, provindas dos usos e costumes (C. Civ. arts. 1.216, 1.218, etc.).

As profissões liberais são, sem quebra da sua relevância, assalariadas.

Vencidos preconceitos e dúvidas outrora surgidos relativamente a tais problemas e em que pesem divergências ainda existentes na sua formulação e solucionamento, a classificação dominante, assim na doutrina como na prática, é aquela mencionada pouco antes (Cf. Alcântara Machado in Honorários Médicos, ed. 1922, pgs. 7-18; Sebastião de Souza, in Honorários Médicos, ed. 1942, pgs. 66 e segs. Meroveu Cardozo Junior. O exercício Legal da Medicina, ed. 1955, pgs. 41 e segs.).

Fixada, desta forma, a natureza da relação obrigacional e do contrato gerador, resta averiguar as peculiaridades a que se aludiu acima.

Embora se trate de contrato legalmente regulado, não assume geralmente, no caso dos serviços médicos, forma definida, nem a lei o exige, em qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.216, nem mesmo por fôrça do valor dos honorários. (C. Civil, art. 141), já que êstes poderão ser objeto de arbitramento *a posteriori* (id. art. 218 — 1.219 — Cf. Meroveu Cardozo, op. cit. pg. 54 e segs.).

Não dependendo de forma especial a sua validade (C. Civ. arts. 129 e 82), nem de ajuste expresso (id. art. 1.079), poderá ser provado por qualquer dos meios admitidos no artigo 136 do mesmo código (id. art. 85).

Ora, segundo o costume universal relativo ao exercício da nobre profissão médica, o contrato locatício respectivo não só pode ser verbal como, via de regra, é tácito e a sua existência não sòmente se comprova, normalmente, por presunção, derivada das circunstâncias, mas é sempre presumida.

Os direitos e deveres recíprocos inferem-se mais dos fatos que dos desentendimentos inequívocos, muito menos de prévias convenções. (Vd. Rev. For., vol. 81, p. 653; ed. vol. 91, p. 182).

Imperam a seu respeito o costume e a boa fé.

Verdade é que surgem divergências doutrinárias quanto à determinação, mormente por via presuntiva, de quem se pode e se deve reconhecer como obrigado a remunerar o serviço do médico, se necessàriamente e sempre o doente, beneficiado com o mesmo, ou se terceiros poderão não sòmente assumir expressamente tal encargo, como ser presumidos, em certas hipóteses, os verdadeiros locatários e, como tais, os responsáveis pela contra-prestação pecuniária.

O apelante parece querer sustentar a primeira tese, embora haja invocado, na sua defesa, repetidas vêzes, princípios inteiramente estranhos à configuração do caso, quais os decorrentes da responsabilidade por atos ilícitos (C. Civil, art. 1.521, I).

Já vimos, por outro lado, que o pedido se formulou no pressuposto de liame contratual, não em obrigação *ex-lege*, como poderia se dar o caso, com base no direito familiar (C. Civil, art. 231, 384, 397, 399...).

Mas, voltando à indagação feita linhas atrás, chegamos à conclusão de que não mais prevalece, entre nós, a opinião do abalizado e clássico Alcântara Machado no tocante à responsabilidade necessária, senão exclusive, do doente pelos honorários, em tôda e qualquer hipótese (op. cit., n. 41).

Encarada a questão sob o prisma contratual, o ensinamento mais razoável é o que nos ministram os dois outros ensaistas brasileiros já referidos neste voto (Sebastião de Souza, op. cit., ps. 123-127; Meroveu Cardozo Jr., op. cit. p. 128).

Entendem êsses juristas, com bons argumentos que, pelos honorários profissionais, responde quem os contratou. "Conhecido o locatário, identificado está o responsável pelo pagamento, seja êste a própria pessoa a cujo benefício realizou-se o tratamento, seja um terceiro, pessoa física ou jurídica" (Meroveu, p. 128).

Essa a regra diretriz para a solução do problema.

Concordamos com Sebastião de Souza, inclusive quando, contrariando Alcântara Machado, exclui a responsabilidade solidária do doente para com o médico se o obrigado foi um terceiro. Tal solidariedade poderá existir, conforme o caso, do doente perante o terceiro (p. 124).

Sabemos também que, em casos especiais, "os serviços do facultativo não geram, para êle, o direito à percepção de honorários" (Meroveu, p. 129).

— Mas, esclarecido o nosso entendimento de que o contratante, que pode ser, e muitas vêzes o é, um terceiro, e não o beneficiado, é o responsável direto pelo pagamento dos honorários profissionais, vejamos por que, no caso *sub-judice*, chegamos ao convencimento de que o apelante, como pai dos pacientes e não êstes pessoalmente, fôra, na verdade, o locatário dos serviços do apelado.

A palavra do médico, em seu relatório conquanto não mais possua o valor probante de uma presunção *juris tantum*, não é, mesmo que contestada, despicienda.

Ela deverá ser considerada no conjunto das circunstâncias e provas, devendo ser liberal, nesses casos, o critério aferidor do elemento volitivo (Meroveu, p. 60).

Afirma o apelado, em todo o curso da demanda (cf. inicial e relatório), assim como antes de ajuizá-la (cópia da correspondência a fls. 7) que atendera aos doentes a chamado e pedido do apelante.

Se a negativa dêste afirma de quem o ônus probante (C. P. civil, art. 209, § 1.º), a convicção do julgador sôbre a existência do fato, inclusive mediante presunções, pode-se formar independentemente da influência daquele princípio, na conformidade da lição de Carnelutti (Cf. Pedro Batista Martins, Com. C. Proc. Civ., vol. II, n. 27, p. 440).

No caso dos autos é de se reconhecer e lamentar-se a pobreza da instrução processual, a que o juiz, ante o descaso das partes, poderia ter suprido.

O certo, entretanto, é que, além da contestação, nenhum elemento positivo trouxe o

apelante para infirmar a palavra do autor, negando-se, inclusive, a prestar o seu depoimento pessoal que fôra requerido sob a cominação expressa da confissão e deixando de promover os depoimentos valiosos de Edson Fahel, a pessoa que se encarregara do chamado ao médico e do ilustre dr. Jorge Valente, convidado a concluir (ou corrigir) o tratamento de Cícero.

Faz-nos igualmente presumir fôsse, na realidade, Calixto quem mandasse chamar o Dr. Antemar e assumisse a responsabilidade financeira do tratamento dos filhos, em que pesem os recibos de fls. 21-28, a circunstância relevante de morarem os mesmos na companhia do pai, apesar de maiores, e, mais do que isto, na sua dependência econômica, ainda que diplomados, tanto assim que, em nenhuma parte se faz qualquer alegação, quanto mais comprovação, da atividade profissional exercida pelos mesmos, da qual auferissem meios suficientes para a própria manutenção vale dizer, prova da capacidade econômico-financeira dos enfermos.

Nada existe, aliás, de absurdo nesta situação, muito freqüente na organização social do tipo a que pertence a família dos réus, que, no particular, não se afasta muito da vigente em amplos setores da sociedade brasileira, o que explica, em parte, a fácil integração dos emigrantes de origem libanesa ao nosso meio. O *paternalismo* característico dos povos de formação *comunária*, para usarmos uma expressão consagrada pela Ciência Social, explica o fato daquela subordinação, que ultrapassa o âmbito da vida econômica e que, se muito contribui para a coesão interna do grupo familiar, sacrifica grandemente a autonomia da prole.

A emancipação jurídica, decorrente da maioridade ou de qualquer outro fato jurídico, nem sempre, aí, é acompanhada da total desobrigação do *pater-familias* dos encargos alimentares, em relação aos filhos que permanecem no lar.

Daí porque não seria absurdo reconhecer-se, em situações que tais, a obrigação paterna por fôrça do direito alimentar, que não fixa limites de idade para os que o podem reclamar ou do mesmo se beneficiam efetivamente. Na hipótese dos autos dela nos valemos apenas para induzir a relação contratual e definir-lhe o titular.

O documento de fls. 38 contrapõe-se aos de fls. 21-28. Diz o apelado que recebeu do apelante uma pequena parcela dos seus honorários. Fôsse a importância paga por Cícero e por certo o recibo correspondente teria vindo para os autos. Ao Sr. Calixto é que o médico se dirigia sôbre o assunto (fls. 7).

Mas, ninguém quer assumir a responsabilidade da conta...

Onde, porém, as excusas do apelante se desacreditam, pela sua inverossimilhança, é quando se referem ao seu total alheamento ao que se passara em seu lar com a moléstia do filho, de cuja trasladação para o hospital, após guardar vários dias o leito em casa, sòmente viera a inteirar-se, bem como dos resultados da intervenção no mesmo praticada, posteriormente, através a pessoa que se encarregara de chamar o cirurgião (fls. 19).

E' de notar-se que, segundo a contestação, o dr. Jorge Valente instado a cooperar no tratamento de Cícero solicitou, em obediência à ética profissional, a autorização do colega, não por intermédio do operado, maior e no gôzo dos seus direitos, mas da sua *família* (fls. 20). Esta foi, na verdade, que através do seu chefe tomou, desde o início, as providências que o caso exigia. Assim formou-se, tàcitamente, o contrato, a cujo cumprimento sòmente quer fugir o apelante, ao que se depreende da contestação, pelo fato de atribuir ineficácia ou até imperícia ao malsinado tratamento.

Eis como se nos afigurou o caso, que nada encerra de raro ou anômalo.

A jurisprudência invocada pelo apelado a fls. 36 e 178, a que se poderiam acrescentar outros julgados, nô-lo atestam.

Firmada essa compreensão, impunha-se a solução que ora se lhe dá, negando provimento ao recurso apelatório.

Completamente estranho ao seu objeto é a argüição da imperícia do apelado, desacompanhada de qualquer elemento tendente a invalidar o laudo de fls. 76-86.

Contra o valor da conta também nada de positivo se articulou. A sentença nenhuma impugnação sofreu no particular.

Salvador, 18 de maio de 1960.

Renato Mesquita — Presidente e relator
Geminiano Conceição — Revisor.
W. de Oliveira e Sousa — 3.º julgador.

AÇÃO DE DESPEJO — PROMITENTE COMPRADOR — Agravos no auto do processo, não reduzidos a têrmo, sem que o agravante desse causa à omissão; conhecidos e improvidos pela sua inanidade. Legitimatio ad causam do promitente comprador, que tem a respectiva escritura inscrita no registro público e sem cláusula desfiguradora da irretratabilidade do compromisso. Procedência da ação, pela convergência, em favor do autor, dos pressupostos em que assentou o pedido.

Ap. n.º 5818 — Relator: DES. GEMINIANO CONCEIÇÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível, n.º 5.818, — da Capital, — em que é apelante Agenor Freitas Jatobá e, apelado, Felipe Borges de Castro.

O autor, ora apelado, Felipe Borges de Castro, alega ter adquirido, para uso próprio, através o Montepio dos Funcionários Públicos do Estado, a casa à rua do Sodré n.º 55, nesta Cidade, ocupada pelo réu Agenor Freitas Jatobá, por locação, sem contrato escrito, feita ao antigo proprietário. Assim, a ação de despejo contra Agenor Freitas Jatobá foi proposta com fundamento no art. 15, inciso II, da Lei n.º 1.300, e no art. 350, § único, do Código de Processo Civil, — tendo sido feita pelo autor a notificação preliminar, para desocupação do prédio, — esclarecendo o reque-

rente que o suplicado, após a notificação, vinha pagando na conformidade da lei n.º 2699, a prestação mensal a que o suplicante esta obrigado para com o Montepio. O réu, na contestação, argüiu, preliminarmente, — a inépcia da petição inicial, por estar desacompanhada dos documentos essenciais: — ausência do título de propriedade, — falta de prova da notificação, — requerendo, por isso, a absolvição de instância, com base nos artigos 159 e 201, I, do Código de Processo Civil. Ouvido sôbre o pedido de absolvição de instância, — manifestou-se o autor na petição de fls. 19-21, — indicando os motivos por que, a seu ver, bem sabe o réu da inteira necessidade de retomada da casa, para uso próprio. E apresentou a prova da notificação feita ao réu em 2 de abril de 1958, — a certidão de compra e promessa de venda do imóvel objeto do despejo e, ainda, a certidão da inscrição no registro público. Após idas e vindas dos autos de uma parte para outra, o Juiz lançou a fls. 55 e v. o despacho saneador, — repelindo as alegações do réu — quanto à apresentação dos documentos depois da contestação, — a falta de posse do imóvel — e à desacertada indicação do inciso do art. 15 da Lei n. 1300, — visto que fôra corrigida pelo autor, — e deferindo o benefício de gratuidade ao réu

O réu agravou, tempestivamente, — no auto do processo, — do despacho saneador, — pela petição de fls 57 a 62. O Juiz, titular da 1.ª Vara Cível, não mandou, por omissão, tomar por têrmo o agravo. A requerimento do autor (petição de fls. 67), — o processo passou para o Juízo da Vara de Assistência, desde que o Juiz da 1.ª Vara Cível havia concedido no despacho saneador o benefício de gratuidade ao réu. Na audiência designada para a instrução, no Juízo da Assistência, em 29 de agôsto de 1960, — disse o patrono do réu que, tendo em vista o despacho saneador de fls. 55 e v, — e havendo o réu interposto dois agravos, — um, de instrumento, relativo à incompetência do prolator do aludido despacho, — e o outro, — no auto do processo, — de fls. 57 a 62, — referente a **legitimatio ad causam** —, requeria ao Juiz que se manifestasse sôbre o referido agravo, regularmente interposto, — uma vez que o Juiz, — que então funcionava no processo, — não se pronunciara sôbre o mesmo agravo. O Pretor, na jurisdição plena da Vara de Assistência manteve o despacho recorrido, tendo o réu manifestado nôvo agravo no auto do processo, — agora por ter o Pretor mantido o despacho que motivara o outro agravo no auto do processo — e que não fôra apreciado pelo Juiz da 1.ª Vara Cível, também não tomado por têrmo êste agravo. O agravo de instrumento, de que se tem noticia pela referência constante da petição de fls. 67 v., evidentemente ficara sem andamento, prejudicado desde que o Juiz da 1.ª Vara Cível mandara encaminhar, pelo despacho de fls. 69, os autos ao Juiz da Vara de Assistência, justamente o objetivo do referido agravo

Na instrução, tomou-se o depoimento pessoal do autor, sendo inquiridas duas testemunhas dêle e três testemunhas do réu. — Embora o agravo no auto do processo manifestado pela petição de fls. 57 a 62, não tivesse sido reduzido a têrmo — toma-se conhecimento do mesmo, porque o agravante não deve responder pela omissão do Juiz, eis que o recurso, cabível, foi interposto no prazo legal. Conhece-se do agravo para seu improvimento, — porquanto o autor, diante da provocação do réu, e antes do despacho saneador, provou ter feito a notificação, na forma que o fêz, — fls. 23, — sem que o notificado nada tivesse oposto, e juntou o título referente ao imóvel, não lhe podendo ser recusada a sua **legitimatio ad causam**, tanto mais quanto, ainda, antes do despacho saneador, — êle apresentou a certidão comprovativa da inscrição no registro público, — muito antes da notificação, — da escritura de promessa de venda e compra do imóvel, — pactuada entre o Monte-Pio dos Funcionários Públicos do Estado — e êle — Felipe Borges de Castro e sua mulher, — Edith Falcão de Castro. O bastante para a propositura da ação, cabendo ao réu elidir, na instrução, outros pressupostos em que se assentou o pedido. Sem fomento, pois, o que alegou o réu na assentada de que cuida o têrmo de fls. 73 a 74. — Ao autor não se pode recusar a **legitimatio ad causam**. — Tinha e tem êle a posse do imóvel, em virtude da promessa de venda inscrita no registro público, sem qualquer restrição. — Passou, por isso, à categoria de locador. — Assim como o locador pode pedir o prédio locado para seu uso, da mesma forma pode o possuidor, (no caso o promitente comprador,) — a quem foi transferido o exercício dêsse direito, proceder também à retomada. — O promitente comprador deve ser considerado parte legítima na ação de despejo. — A relação **ex-locato**, condição essencial para a propositura da ação é, no caso, presumida. A presunção é **juris tantum**. — Dir-se-á que é indispensável, ainda, que o contrato de promessa seja irrevogável e irretratável. Reveste-se, porém, dessas características, o contrato de promessa de compra e venda, — que não contém a cláusula de arrependimento e está devidamente inscrito no registro de imóveis. — Aí está a plausível manifestação de Frutuoso Santos, apoiada em julgados, aplicável ao caso **sub-judice**. (Contrato de Compra e Venda de Imóveis Não Loteados).

Espinola Filho escreve: — A orientação jurisprudencial se firmou no sentido de não ser preciso conste, declarada, expressamente, no corpo da escritura, a cláusula de irretratabilidade ou de irrevogabilidade; basta não seja consignada a possibilidade de arrependimento, porque sem ressalva neste sentido, é sempre irrevogável o compromisso, inferindo-se do compromisso inscrito a sua irretratabilidade, embora sem cláusula expressa, têm-se como preenchidos os requisitos para o promitente comprador retomar o imóvel. — (Manual do Inquilinato, 2.ª Edição, pag. 269, — 1959). — Ao mérito: É **sabido** que elidida a sinceridade do pedido do promitente comprador pode decair a ação de despejo por êle proposta. — Mas, aqui, nada se provou contra a boa e veraz intenção do autor. Trata-se de um cidadão conhecido, coronel da reserva da Polícia Militar, de saúde abalada, que não tem outro imóvel — e que necessita do imóvel retomando para sua residência, vislumbrando-se dos autos até o mau estado de conservação do imóvel, onde o réu, — que desistiu da vistoria requerida, fêz divisões de tabiques, para sublocações, em seu proveito.

ACORDAM, pois, em sessão da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, sem discrepância, — negar provimento aos agravos no auto do processo, e, no mérito, negar provimento à apelação.

Bahia, Salvador, 9 de agôsto de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente e Relator

Wilton de Oliveira e Sousa — Revisor

Adhemar Raymundo *

(*) Juiz convocado

ANULAÇÃO DE CASAMENTO — FALTA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR À LIDE E DE "DEFENSOR VINCULI" — NULIDADE DO PROCESSO. Não se confundem, em processo de anulação de casamento, as atribuições do órgão do M. Público com as do curador à lide ou as do defensor especial para o vínculo. Anula-se o processo em que não se fêz regularmente a nomeação dos dois últimos a tempo de, recebendo a citação, promoverem integral defesa de seus tutelados.

Ap. n.º 4.722 — Relator: DES. OLIVEIRA E SOUSA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível de ITABUNA, n.º 4.722, apelante o Dr. Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões e apelados Luiz Fontes Torres Lima e sua espôsa.

ACORDAM os Juízes da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, componentes da turma julgadora, sem discrepância de votos, dar provimento ao recurso para decretar a nulidade do processo, exclusive a inicial, prevalecendo, ainda, a citação feita à Ré, espôsa do incapaz.

Custas, como de lei.

* * *

1 — Nulo é o presente processo por inobservância de formalidades essenciais.

Com efeito, o Dr. Juiz a quo, ao despachar a inicial da presente ação de anulação de casamento, não nomeou, como se impunha e lhe foi até requerido, curador à lide para o incapaz e nem deu defensor ao vínculo matrimonial.

Só mais tarde, após o escoamento do prazo para a contestação, — a citação fôra feita ao próprio incapaz —, é que fêz o a quo a nomeação de um curador (fls. 15), sem, contudo, esclarecer se o mesmo devia incumbir-se da defesa dos interêsses do incapaz ou encarregar-se da tutela do vínculo, omissão que levou o nomeado a monopolizar os dois munus, como se tem, desenganadamente, da petição de fls. 19, onde o nomeado se intitula "defensor do vínculo e de interdito", quando, legalmente, não se podia verificar a acumulação.

Na espécie, face a ocorrência de "diversificação de interêsses entre o representante e o representado", já que a ação fôra ajuizada pelo pai e tutor do incapaz, teriam que funcionar, obrigatòriamente, além do representante do M. Público, que tem função específica (art. 137, n.º 7, da Lei 160, de 21 de janeiro de 1949), um curador à lide para o incapaz (art. 80, § 1.º, letra a, do Código de Processo Civil), e, finalmente, um curador especial para a defesa do vínculo matrimonial, decorrendo esta última nomeação de imposição feita pelo art. 222 do Código Civil.

Não satisfaz, assim, a nomeação de um só curador para a defesa do incapaz e do vínculo porque os interêsses podem estar em choque, como assegura acontecer na espécie o próprio autor (fls. 2 verso e 13).

Nem se diga que a intervenção do M. Público sanaria a nulidade decorrente dessa falta de nomeação dos curadores, porque a função do seu representante, como já dito, é específica. Trata-se de processo em que a presença do órgão do M. Público é obrigatória, não podendo, conseqüentemente, atribuir-se ao mesmo funções outras.

Suas atribuições, em verdade, nada têm de comum com as do curador à lide ou do defensor especial para o vínculo. Enquanto êste tem seu campo de ação restrito à defesa do vínculo matrimonial e cumpre ao segundo a defesa dos interêsses do incapaz, o representante do Ministério Público, defensor que é dos interêsses sociais, não está adstrito à defesa do casamento ou do incapaz, podendo opinar livremente, porque, acima de tudo êle defende a lei e a sua observância.

E para que possam defender cabalmente seus tutelados, impõe-se, como fêz ver o Dr. Sub-Procurador da Justiça, que a nomeação dos dois curadores se dê logo ao primeiro contacto do juiz com a causa, para que tomem parte na lide desde o princípio recebendo a citação e contestando-a.

2 — Na hipótese, a nulidade é querida pela lei em razão da ordem pública e não em virtude de um possível prejuízo do particular. Daí ensinar CLOVIS que "as nulidades de pleno direito, sendo de ordem pública, são vícios insanáveis. Qualquer interessado as pode alegar, independentemente de prova do prejuízo: o M. Público, representante da coletividade juridicamente organizada, quando lhe couber intervir, deve alegá-las; ao juiz cabe também a obrigação de as pronunciar, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos" (Código Civil, vol. 1, comentário ao art. 146).

3 — Anulando, pelos motivos expostos, o processo, salienta, todavia, a turma julgadora, com o intuito de evitar maiores despesas, a desnecessidade de repetição do dispendioso exame pericial levado a efeito na pessoa do incapaz, já que a ação não é contrária àquela que constituiu a interdição, devendo prevalecer, portanto, para os devidos fins, a sentença na mesma lançada.

Salvador, 26 de outubro de 1959.

Cândido Colombo — Presidente e Revisor.
Wilton de Oliveira e Sousa — Relator
Renato Mesquita — Vogal
Fui presente: **Alvaro Nascimento.**

LOCAÇÃO. RETOMADA PARA USO PRÓPRIO — INCISO II DO ART. 15 DA LEI N.º 1.300 — INSINCERIDADE NÃO COMPROVADA. — Se a retomada se fundamenta no inciso 2.º do art. 15 da Lei 1.300, por precisar o autor do imóvel, para uso próprio, improcede a alegação do locatário de que o locador, por ser usufrutuário dos bens dos filhos, mora em prédio próprio. — A condição de usufrutuário dos bens dos filhos menores, inerente ao pátrio poder, não é indicativa da de proprietário dos mesmos.

Ap. n.º 5885 — Relator: DES. ADEMAR RAIMUNDO

A C Ó R D Ã O

Acordam os Membros da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo no auto do processo e à apelação, para manter a sentença de fls. O agravo foi interposto, com fundamento no inciso 4.º do art. 851 do Código de Processo Civil; às fôlhas 44 estão as razões do agravo.

Delas, merece destaque a que se refere à litispendência. Ora, para que exista lide pendente de julgamento em outro Juízo, são necessários os seguintes requisitos: a) identidade de pessoas; b) a mesma causa petendi; c) e que o objeto da ação, a res, também seja o mesmo.

Ora, é o próprio agravante quem afirma que a outra demanda, contra o locatário ajuizada, foi promovida pelo irmão da promovente dêste feito. Logo, se inexiste identidade de pessoas entre esta demanda e a anteriormente aforada, não se há de falar em litispendência.

No mérito se impõe a procedência do pedido, como proclamado pela sentença apelada. O argumento medular, exposto na contestação e repetido nas razões da apelação, é o de que a autora, por ser usufrutuária dos bens dos seus filhos menores, visto encontrar-se no exercício do pátrio poder, e, por conseguinte, morar na companhia dos mesmos, não reside em prédio alheio, um dos requisitos para a retomada, com fundamento no inciso 2.º do art. 15 da Lei 1.300.

O documento de fls. 35 dos autos prova à farta, que o imóvel, onde reside a autora, em companhia dos seus filhos, Solange Maria, Heron e Sônia Maria, é de propriedade dêles.

Tem, em verdade, o pai ou a mãe, no exercício do pátrio poder, o usufruto dos bens dos seus filhos. Isto, contudo, não significa, de modo algum, que o titular do pátrio poder tenha o domínio dêsses bens. Ainda, no caso dos autos, apenas Sônia Maria não atingiu a maioridade. Os demais já são maiores. V. documentos de fls. 27, 37, e 38 dos autos. De outro lado, a necessidade da retomada está evidenciada. A casa onde residem a autora e seus filhos possui três pequenos quartos (fls. 57), insuficiente para acomodar a autora, e os seus filhos casados.

Evidente que, tendo aquêle imóvel, qual o ocupado pelo apelante, em condições, portanto, de acomodá-la confortàvelmente, lícito é o seu pedido, tanto quanto, em sua companhia se encontra a genitora da autora, a quem esta deve assistência.

Salvador, 22 de novembro de 1931.

Geminiano Conceição — Presidente com voto.

Adhemar Raymundo — Relator *

Renato Mesquita

(*) Juiz convocado

IMPOSTO DE INDUSTRIA E PROFISSÕES. — INCIDENCIA SÔBRE VENDA EM GROSSO. BITRIBUTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CONSTITUCIONALIDADE — Ação consignatória requerida por contribuinte com o fim de exonerar-se de obrigação fiscal e obter a declaração da inconstitucionalidade do sistema de cobrança estabelecido na legislação municipal, por configurar um caso de bitributação. Recusa da oferta pela Municipalidade, ao fundamento da insuficiência da quantia consignada, em desacôrdo com a norma específica que não facultava as deduções pretendidas pela autora. — Levantamento condicional dos depósitos pela Prefeitura, antes do julgamento da causa, com a ressalva de quitação parcial. Decisão posterior julgando improcedente a ação, por considerar justa a recusa do credor, firmado em disposição legal, cuja validade não havia por que negar-se. Apelação da autora, onde se argúi a preliminar da extinção do processo em conseqüência do pré-mencionado recebimento. — Renovação pelo advogado da apelante, na assentada do julgamento, da argüição de inconstitucionalidade do critério em que se baseava a apelada para exigir quantia maior, por infringir, a um só tempo, os princípios que vedam a bitributação (art. 21) e a tributação intermunicipal (art. 27). Rejeição das preliminares a da extinção do processo porque, embora a turma reconhecesse constituir uma anomalia a sua sobrevivência após o referido levantamento, a verdade é que o mesmo prosseguindo vindo, afinal, o Juiz a proferir sentença de mérito, objeto do recurso, a cujo conhecimento não poderia fugir a superior instância. — Reconhece-se, contudo, constituir um desvirtuamento do processo consignatório o recebimento sob protesto e com ressalva. Também foi salientado pelo Relator a impropriedade da ação intentada, sob os fundamentos e com os objetivos constantes da inicial, embora o assunto não fôsse ventilado nos autos e por isto escape ao âmbito da decisão recursal. — Proclamam-se irrelevantes as argüições de inconstitucionalidade, dada a maneira confusa e imprecisa como surgiram, sendo que a hipótese de bitributação fôra configurada sob pressupostos inadequados à sua conceituação jurídico-fiscal e a de violação oo artigo 27 resultara de construção artificiosa, devendo, assim, prevalecer os dispositivos legais em que se apoiaram a Municipalidade e o dr. Juiz, dispositivos êsses que não chegaram a ser expressamente indicados pela apelante. — Se a decretação da inconstitucionalidade sòmente deve ser feita quando ela fôr clara, evidente, fora de qualquer dúvida razoável, incontornável, não sendo o Juiz obrigado a enfrentá-la senão quando de outra forma não possa julgar a causa, é de entender-se que não basta a sua alegação pela parte para que a Câmara suspenda o julgamento para afetá-lo, no particular, ao Tribunal Pleno (Lei n.º 1.076, art. 23). — Confirmação da sentença, no mérito, pelos seus próprios fundamentos. A operação da apelante com a CACEX não tem, como bem acentuou o ilustre a quo, o caráter de mera consignação, mas de perfeita compra e venda mercantil, donde justificar-se a cobrança do impôsto de indústria e profissão na conformidade do inciso 2, da tabela n.º 3 do orçamento vigente.

Ap. n.º 5.555 — Relator: DES. RENATO MESQUITA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível n.º 5 555, de Ilhéus, sendo apelante Correia Ribeiro & Cia. Ltda. e apelada a Prefeitura Municipal de Ilhéus, acordam, em 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, os Desembargadores que a êste subscrevem, como integrantes da turma julgadora, desprezar as preliminares suscitadas, assim a da extinção do processo, como a de

inconstitucionalidade e, no mérito, negar provimento ao recurso, como adiante se esclarece. Custas pela apelante.

Suscitou a apelante, à guisa de preliminar, em suas razões do recurso, a questão de se achar extinta a sua obrigação e, conseqüentemente, o presente processo consignatório, por fôrça do levantamento requerido pela Ré, e à mesma deferido, das importâncias oferecidas, antes do julgamento da causa, circunstância esta assinalada no relatório de fls. 98v., 99 e 100v., que fica incorporado ao presente aresto.

Nas alegações do debate oral (fls. 68-71) insiste a autora na questão da inconstitucionalidade a que se referira vagamente no fecho da petição inicial, como um caso de bitributação ou um disfarce do impôsto de exportação (?), afinal apontada, sem maior clareza também, como decorrente da revogação pela Lei Municipal n.º 527, de novembro de 1951 dos artigos da Lei n.º 352, concessivos dos descontos ou deduções a que se julga com direito. Cita-se ali como texto ofendido, o artigo 32 da Constituição Federal.

Nas razões do recurso a matéria constitucional não foi tratada, mas, na assentada do julgamento, o nobre advogado da apelante voltou a formalizar a preliminar, figurando uma dupla infração qual a do artigo 21 (bitributação) e a do artigo 27 (impôsto de trânsito).

No exame da primeira questão preliminar chegou a turma à conclusão de que, embora o recebimento, pela Ré-credora, das importâncias depositadas, importasse, a rigor, no encerramento do processo consignatório, tal não ocorrera, no caso dos autos, porque o ilustre a **quo**, baseando-se provàvelmente, nas condições em que se fêz o levantamento, considerou sobrevivente a instância, donde proferiu, em seguida, sentença sôbre o mérito do pedido.

Desde, pois, que a ação prosseguiu, o objeto do recurso outro não poderá ser do que esta última decisão, submetida, por via do mesmo, à apreciação da superior instância.

Como ficou evidenciado por ocasião do julgamento, vem ocorrendo com freqüência na prática forense um certo desvirtuamento da ação consignatória, já pelo seu inadequado uso por parte de contribuintes para se liberarem de dívidas fiscais cujo montante pretendem discutir no curso da mesma, já à vista da praxe, não menos incompatível com a natureza dêsse processo, da Fazenda Pública requerer e obter o levantamento condicional das quantias consignadas, continuando, apesar disto, a ação.

Pelo relator foi recordado, a propósito, o comentário que sôbre o assunto tivera oportunidade de fazer nos julgamentos do agravo de petição n.º 622 e da apelação cível n. 5.223. Mas como a questão da impropriedade da ação consignatória, intentada sob os fundamentos e com os objetivos constantes da inicial, não fôsse ventilada nos autos, escapava a mesma ao âmbito da decisão recursal. Fica, apenas, o registro.

Assinalada foi, igualmente, a irregularidade dêsses levantamentos, mormente da maneira sumária como se vem procedendo, sem audiência, ao menos, do consignante, cujo direito a requerê-lo, ao fim do processo, se vencido, não se poderia negar, bem assim o de impugnar a pretensão do credor e até de recorrer.

Por outro lado, e ainda reportando-se aos precedentes invocados, acentuou o relator que, no seu entendimento, a extinção operada pelo recebimento não importaria em quitação plena, desde que tal ressalva consta do respectivo pedido.

Passando à preliminar de inconstitucionalidade, damos a seguir, em resumo, as razões da sua rejeição pela turma.

Conquanto se trate de alegação suscetível de ser feita em qualquer fase ou instância do processo, é de se exigir sempre precisão e clareza na sua formulação, de sorte a que se evidencie, fora de qualquer dúvida razoável, a pretendida incompatibilidade entre a lei ou o ato administrativo impugnado e o texto ou o princípio constitucional ofendido.

No caso isto não sucede, mas, ao contrário, nota-se vacilação e insegurança na argüição. Enquanto na inicial faz-se, no seu fecho (fls. 3, **in fine**) vaga referência à questão, configurando-se uma bitributação e o disfarce de um impôsto de exportação (!), no debate oral apenas se fala da primeira infração, mas se aponta, como violado, artigo 32 da Constituição Federal, que nenhuma relação tem com o tema focalizado, ao passo que o ilustre advogado da apelante nesta superior instância além da bitributação (art. 21) apontou como violado, na espécie, o artigo 27 (impôsto de trânsito inter-municipal).

Também é de boa técnica judiciária que sòmente se deve enfrentar argüição dessa natureza quando por outra forma não se possa apreciar e decidir a questão principal.

Esta é, até certo ponto, a hipótese dos autos.

Como se vê do relatório e foi configurado pela sentença, o dissídio entre as partes provém, em primeiro lugar, de discordarem na conceituação da operação mercantil que serviu de base para o cálculo do impôsto de indústria e profissão questionado: Entende a autora que a entrega das 31.000 sacas de cacau à CACEX, durante o mês de setembro de 1959, bem como as subseqüentes, representava uma simples consignação, não perdendo ela a sua condição de exportadora, donde julgar-se com o direito às deduções previstas no inciso n.º 5, da tabela n.º 3 da lei orçamentária vigente, que assim reza:

> "n.º 5 — **Comércio exportador** — sôbre o valor total das operações realizadas, feitas as deduções previstas nos arts. 196 e 197 do Decreto n.º 117, de 25/5/58 ..... 1,32%"

A Prefeitura, entretanto, enquadra o caso no inciso n.º 2 da mesma tabela, que dispõe o seguinte:

> "n.º 2 — **Comércio em grosso** de qualquer produto, mercadoria ou utilidade, sem bebidas alcoólicas .. 1,20%. Nesta última incidência não se concede dedução.

A sentença ficou com o entendimento da Fazenda Municipal de Ilhéus, sustentando o seu digno prolator que nenhuma exportação praticou a autora com a entrega do cacau à Cacex, nem tão pouco lhe fêz simples consignação, mas vendeu-lhe, efetivamente, a mercadoria, em que pese a denominação emprestada ao instrumento do negócio (fls. 66-66v.).

Mas a apelante, conforme se induz sobretudo da sustentação oral do seu recurso, parece, agora, desprezar essa distinção, pretendendo beneficiar-se das deduções a qualquer das hipóteses (incisos 2 a 5 da tabela n.º 3)

e, mediante esta construção, forçar a Prefeitura de Ilhéus a receber, nesta base, o impôsto de indústria e profissão.

Ainda assim o esclarecimento desta questão conserva tôda a importância para a determinação da verdadeira incidência, decorrente da classificação do contribuinte.

A turma acolheu integralmente, no particular, a conceituação da sentença, concluindo também, de acôrdo com os argumentos nela expendidos, não haver a apelante celebrado com a CACEX um mero contrato de consignação de cacau, mas, na realidade, de venda e compra mercantís, operação essa, aliás, para a qual se achava expressamente autorizado aquêle órgão governamental de intervenção na economia nacional, mediante o contrôle do mercado e dos preços (cp. Decreto n.º 42.820, de 16/12/57, art. 86). É realmente estranhável a fórmula enganosa que reveste o instrumento de fls. 66. Mas o **nomen juris** que se lhe atribui não basta para caracterizar o negócio jurídico em si mesmo.

Correta se nos afigura a compreensão que dêste contrato o ilustre **a quo**, através da análise do seu texto, em confronto com a realidade econômica e as normas específicas do direito comercial.

Entregue à Cacex o cacau em baga, depois de ajustados o preço e as condições, sòmente a ela competia dar-lhe subseqüente destinação, seja no mercado interno, revendendo-o aos consumidores nacionais, para fins de industrialização, seja no mercado externo, exportando-o em condições especiais, a que não era estranho o sistema dos ágios, com reflexo nos preços e no câmbio.

Ora, se a operação em tela tem a feição de uma *venda em grosso* (e o apelante concordaria nisto, de referência ao cacau produzido ou adquirido em Ilhéus vide fls. 71, linhas 6 a 9), autorizada estava a Fazenda Municipal a calculá-la e exigido em consonância com o item 2 da respectiva tabela orçamentária, o qual não autoriza as deduções pleiteadas.

Esta a política fiscal adotada pela municipalidade apelada.

Também neste ponto a razão está com o m. m. *a quo* ao frisar na sentença não encontrar motivos para afastar a aplicação literal da lei, o que levou-o a repelir o vício da bitributação, que se insinuava existir no caso.

Contudo, o argumento ressurgiu, senão com maior clareza e precisão, certamente com maior veemência, como já dito, na assentada do julgamento. Não conseguiu, mesmo assim, o ilustre advogado da apelante levar a turma a modificar os têrmos do problema, de sorte a suspender o julgamento, para se levar a matéria ao conhecimento e decisão do plenário.

A tanto não estava obrigada, face ao disposto no artigo 23, da Lei Estadual n. 1076, de 28—1—58, desde que não dava pela relevância da preliminar (Regimento, art. 114).

A imprecisão, mais de uma vez aqui assinalada, começa no tocante ao texto legal incriminado que seria o da Lei n. 527, por ter revogado artigos da Lei n. 352, cujas datas se indicam com inexatidões.

(Aquela é de 30—XI—56; esta de ..... 23—XI—51).

Compulsando êsses documentos legislativos municipais acreditamos quisera a autora referir-se às deduções previstas no artigo 35 da Lei n. 352 (cf. Jornal Oficial de Ilhéus, ano XV, n. 1.359, de 28—XI—51), tendo efetivamente aquêle dispositivo sofrido revogação expressa pelo artigo 5, da Lei n. 527.

Mas o que ali deparamos são duas normas de política fiscal diferentes, uma delas mais favorável ao contribuinte do que a outra, sem que, entretanto, se possa considerar nenhuma delas conflitante com a Constituição.

Está na competência do Município de Ilhéus regulamentar a cobrança do impôsto da sua atribuição constitucional (Const. Fed., art. 29, III e 28, II, *a*). Note-se, aliás, que nenhuma das duas leis referidas pelo autor está mais em vigor. Conforme se depreende das razões da Prefeitura, a matéria questionada rege-se, atualmente, pela Lei Municipal n. 575, de 25—2—58 (Código Tributário e de Rendas de Ilhéus), regulamentada pelo Decreto n. 117, de 25—6—58, onde se encontram as normas especiais relativas ao comércio exportador, a que alude o inciso 5, da tabela n. 3, do orçamento então vigente (Lei n. 575, art. 127; Dec. n. 117, arts. 196 e 197). Como já vimos delas não se beneficia a apelante porque, no seu caso, outra é a incidência tributária (inciso 2).

Por seu lado, o estudo desta legislação revela-nos que o critério adotado por Ilhéus, de referência ao impôsto de indústria e profissão, outro não é que o baseado no movimento econômico, cuja validez tem sido reiteradamente proclamada pelos tribunais do país, inclusive o Supremo e o nosso, devendo-se ressaltar a sua perfeita consonância com o princípio da justiça tributária consagrado no artigo 202 da Lei Magna.

Não será demais relembrar que o fato gerador do título questionado consiste tão sòmente no exercício da atividade tributável, no caso a comercial, sob as suas várias modalidades. O que a legislação municipal estabelece são os critérios da avaliação daquele movimento econômico e as bases para o cálculo de impôsto devido, facultando, segundo lhe pareça de boa política fiscal, a que não deve ser alheia à Justiça, tais ou quais deduções, isenções, imunidades, etc.

Ora, no caso do *comércio em grosso* (tab. 3, item 2) que não seja de exportação, Ilhéus fixou a cota percentual de 1,20%, sem deduções, enquanto no do *comércio exportador* (tab. 3, n. 5) o percentual é de 1.32%, feitas, porém, as deduções nela indicadas.

Tais são a origem e o fundamento dessas deduções.

Não decorrem elas da Constituição como insinua, mas não demonstrou, a apelante.

A que propósito, afinal, falar-se de bitributação, neste caso? Qual a outra entidade tributante que estaria exigindo do contribuinte, pelo mesmo fato gerador, a mesma prestação?

Percebe-se o êrro da conceituação desta figura da dupla incidência, que se não confunde com o *leis in idem* e que foi expressamente condenada pelos artigos 11 da Constituição de 1934 e 23 da Carta de 37 e a que não faz referência a Constituição vigente. Nem por isto, o problema deixado em aberto encontra solução diversa, por compreensão do que vem es-

tabelecido no seu artigo 21. Temos aí um princípio constitucional implícito.

Mas bitributação sòmente poderá ocorrer no caso de competência concorrente, já que não mais subsiste a cumulativa do artigo 12 do Estatuto de 1891.

A cobrança de tributos da mesma natureza por mais de uma entidade da mesma categoria político-administrativa, em cada uma das ocasiões em que o fato gerador se manifeste dentro das suas fronteiras, constitui uma decorrência natural da divisão territorial e do sistema federativo municipalistas, vigente no país.

A mesma pessoa natural ou jurídica pode estar sujeita em cada uma dessas circunscrições ao impôsto de indústria e profissão, proveniente do exercício nelas das suas atividades. O movimento econômico ou o giro comercial é base legítima para o cálculo daquele impôsto.

Determinada mercadoria, desde que objeto de operações comerciais e negócios jurídicos sucessivos, mas autônomos, poderá entrar mais de uma vez naquêle cômputo por efeito do fenômeno econômico da circulação.

Em nenhuma dessas hipóteses, porém, verifica-se a bitributação.

Tampouco se poderá induzir do preceito de política tributária consagrado pelo artigo 27 da Constituição a incompatibilidade também aqui argüida.

E' certo que a Prefeitura de Ilhéus só poderá exigir o impôsto de indústria e profissão de quem as exerça em seu território. Nisto consiste a limitação geográfica invocável.

Adotado o movimento econômico ou o giro comercial do contribuinte como base para o cálculo daquele tributo, não vem ao caso indagar se as mercadorias ou os produtos que entram na composição dêsse movimento têm esta ou aquela procedência (aqui, sim, poder-se-ia falar do artigo 32), nem saber se anteriormente tais bens já entraram noutros cômputos para fins análogos. Nem o impôsto porventura pago no município de origem e, desta forma já incorporado ao preço, nem o valor original das mercadorias entregues à Cacex (ou a qualquer outro comprador), nem o lucro (ou o prejuízo) do comerciante, nem os impostos que êle deva pagar à União e ao Estado, nada disso afeta o critério fixado na lei para a cobrança do impôsto em causa, cujo fato gerador, repita-se, é tão só o exercício da atividade, funcionando o movimento econômico de base para a aferição da capacidade contributiva.

O que a Constituição veda, no artigo 27, assim à União, como aos Estados e aos Municípios, é o estabelecimento de limitações ao tráfego entre as diversas unidades políticas e administrativas do país.

Onde, no caso dos autos, o impedimento à livre circulação dos bens? Para se chegar a tal conclusão ter-se-á que admitir a construção artificiosa e extensiva que se pretendem erigir, mas que o texto invocado não autoriza.

Tais foram, em resumo, as razões pelas quais a turma rejeitou, à unânimidade, as preliminares argüidas e confirmou a sentença apelada.

Salvador, 3 de maio de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente e revisor.

Renato Mesquita — relator.

W. de Oliveira e Sousa — vogal.

LOCAÇÃO. RETOMADA PARA DEMOLIÇÃO E RECONSTRUÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE DO LOCADOR NÃO PROPRIETÁRIO. "Condição para o exercício da ação do despejo, com fundamento no n. 8 do art. 15 da Lei 1.300, é ser proprietário do imóvel despejando".

Ap. n. 5852 — Relator: Des. ADEMAR RAIMUNDO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 5.852, da Capital, em que é apelante, Nassin Chemmés e apelado Fernando de Moraes Studart:

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento à apelação para julgar o autor carecedor da ação, visto ser parte ilegítima no feito.

O Dr. Fernando de Morais Studart, após proceder à notificação judicial de Nassim Chemmés, contra êle aforou a presente demanda, com o objetivo de retomar o prédio digo a loja, a sub-loja e o 1.º andar do prédio situado à rua Francisco Gonçalves n. 3. Fundamentou o pedido no inciso 8.º do art. 15 da Lei 1300, cujo texto é o seguinte: "Durante a vigência desta lei não será concedido despejo a não ser..... VIII — se o *proprietário* pedir o prédio para demolição e edificação licenciada ou reforma que dêem ao prédio maior capacidade de utilização". Pressuposto para o exercício da ação de despejo, nos têrmos claros e desenganados da lei emergencial é a condição de PROPRIETÁRIO do imóvel, cuja retomada se pede.

A lição de *Espinola Filho* (Manual do Inquilinato — pg. 279) merece transcrita: "Não concordamos com *Agostinho Alvim* quando insiste em sustentar não tenham os vários itens do art. 15, na Lei 1300, onde se fala em *proprietário*, o alcance de prescrever a retomada do locador, não proprietário, nas hipóteses especificadas; vemos, ao contrário, feliz transformação na orientação da lei atual, ao repelir a amplitude do Decreto-Lei de 1946, preferindo filiar-se à regulamentação mais acertada das leis do inquilinato que vigoraram de 1.º de novembro de 1942 a 31 de agôsto de 1946; pois, precisamente, há motivo especial para fazer referência a *proprietário*, e é a necessidade de evitar explorem locadores não proprietários e sub-locadores a propriedade alheia, atribuindo-lhes direitos que só ao dono devem caber.

Alargue-se o exercício da retomada, prestigiando o direito da propriedade; mas não se equipare à ação do proprietário, tão legítima

e digna de proteção, a atividade dos que, servindo-se de uma situação de emergência, exploram a propriedade alheia". O documento de fls. 6/10 não transmitiu a propriedade do imóvel despejando ao autor dêste procedimento. E' uma simples ata da sessão da Assembléia Geral dos sócios da Associação Patrimonial Bráulio Xavier Ltda., através da qual se vê, sem dificuldade, ter a referida entidade, em liquidação parcial, procedido ao resgate de 86 quotas dos seus associados, por meio de pagamento destas em imóveis, beneficiando, dessa forma, dentre outros, o Dr. Fernando Studart. Realmente, na ata de dissolução parcial da sociedade Bráulio Xavier Ltda. foram entregues imóveis aos seus associados em pagamento de quotas resgatadas. Mas, poder-se-á considerar dito documento capaz de, por si só, transferir direitos reais? Evidentemente que não. A esta conclusão se chega, sem dificuldade, frente ao disposto no art. 134 inciso 2.º do Código Civil que diz: "E', outrossim, da substância do ato a escritura pública: ..... II — Nos contratos translativos de direitos reais sôbre imóveis de valor superior a Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), excetuando o penhor agrícola".

Se a validade do ato, como visto, depende de forma especial (v. art. 82 do diploma legal apontado), impunha-se, no caso em exame, para que o sócio quotista fôsse considerado titular de direito dominial sôbre o imóvel despejando, que a transferência se operasse através de instrumento público, o qual, por sua vez, teria de se reportar àquela ata, mercê da qual se operou o resgate.

A ata, por si só, pelo exposto, tendo em vista o quanto dispõe a lei civil (arts. 134 e 130), é inoperante quanto à transferência de direitos reais. Imprescindível, no caso *sub judice*, que o ato translativo obedecesse à forma especial, prescrita na lei, para, posteriormente ,ser eficaz.

Salvador 8 de novembro de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente, com voto.
Adhemar Raymundo * — Relator.
Renato Mesquita — Revisor.

---

* Juiz convocado.

PROMESSA DE VENDA. RESILIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. PERDAS E DANOS. RESTITUIÇÃO DAS PRESTAÇÕES PAGAS.

Resilição de promessa de compra e venda de apartamento. Reintegração na posse. Devolução das prestações pagas. Perdas e danos, custas e honorários. Ação baseada em infração contratual e no parágrafo único do artigo 1.092 do Código Civil. Falta de pagamento de mais de três prestações vencidas. Invocação, pelo réu, do mesmo dispositivo legal, para justificar a suspensão dos pagamentos, sob a alegação de que o autor deixara de cumprir obrigação decorrente do artigo 1245 do Código Civil (exceção de rite non adimpleti contractus. Apelação interposta pelo autor contra a sentença que acolheu a exceção de inexecução, por configurar, na hipótese, um contrato misto de promessa e de empreitada. Provimento do recurso. Inexistência de empreitada. Promessa de venda de coisa futura, com pagamento e prazo. Sem fundamento legal, nem contratual e suspensão dos pagamentos. Caracterizada a inadimplência, impõe-se a resilição. Exclui-se do pedido, entretanto, a perda, em proveito, do compromitente, das prestações pagas, cuja devolução se determina, por se considerar a cominação incompatível com os princípios jurídicos que regem a espécie, embora caibam perdas e danos, correspondentes aos alugueres que o proprietário deixou de usufruir, bem assim honorários e custas.

Ap. n. 5.557 — Relator: DES. RENATO MESQUITA

Relator: DES. RENATO MESQUITA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível n. 5.557, da Capital, sendo apelante o espólio de Noêmia Tavares de Oliveira e apelados Natanael Fernandes Macêdo e sua mulher, acordam, em Terceira Câmara Cível, do Tribunal de Justiça da Bahia, os desembargadores que a êste subscrevem, como integrantes da turma julgadora, dar provimento ao recurso, para cassar a sentença e, assim, julgar procedente, em parte, a ação e decretar a resilição do contrato ajuizado e a reintegração do autor apelante na posse do apartamento objeto da promessa de venda e compra e condenar os réus apelados a indenizar os prejuízos, na base dos alugueres que teria usufruido o proprietário, a quem, por seu turno, se determina a devolução das prestações recebidas por conta do preço ajustado. Custas e honorários pelos apelados.

A situação de fato e de direito, de que resultou a presente lide, acha-se retratada no relatório de fls. 148 a 149v., ora integrando êste julgado.

O nobre prolator da sentença agora reformada adotou a configuração dada ao caso pelos réus apelados, segundo a qual o contrato questionado se revestia do caráter misto de uma promessa de compra e venda e de uma empreitada de construção do apartamento residencial que lhe era objeto, donde, aplicaram-se às relações jurídicas do mesmo oriundas, normas atinentes aos dois negócios, inclusive a regra do artigo 1.245 do Código Civil. Tal compreensão levou o ilustre a quo a acolher a exceção de rite non adimpleti contractus argüida na contestação, com fundamento no mesmo parágrafo único do artigo 1.092, em que se estribara o autor para requerer a resilição do contrato, tendo, portanto, S.S. como justificada a suspensão dos pagamentos mensais a que se obrigara o adquirente.

A turma, porém, chegou a conclusão diversa na conceituação da conduta das partes, à luz do instrumento exibido a fls. 8-9, motivo por que divergiu da solução contida na sentença.

O contrato, cuja resilição se pleiteia nesta ação, não tem o caráter misto que se lhe emprestou, como se poderá verificar dos seus próprios têrmos e objetivos. Trata-se, na

verdade, de uma promessa de compra e venda (pré-contrato) da quota ideal de um terreno de propriedade do promitente vendedor e de um apartamento em construção, da iniciativa e execução do próprio vendedor, cuja individuação se faz ali mesmo e nas especificações nêle referidas e integradas.

Não é estranha ao moderno comércio jurídico essa modalidade de negócio: uma promessa de venda e de compra com aprazamento recíproco. Negócio a termo, da parte do compromitente e sob condição, da parte do compromissário. Prazos marcados para a prestação e a contraprestação. Assim reza o documento em exame.

Inaplicáveis à espécie muitos dos dispositivos legais invocados por ambos os litigantes (relativos à empreitada, à venda a contento, ao pacto comissório, etc., etc.)

Tão pouco aqui se cuida do problema da recusa do objeto prometido a venda (vício redibitório, etc.) ou de qualquer outra medida de que porventura dispusesse o adquirente, em defesa dos seus legítimos interêsses.

A questão reduz-se, desta forma, à caracrização da inadimplência, recíprocamente arguida pelos contratantes.

Afastada a hipótese da empreitada, desaparece o suporte legal (art. 1245) da exceção de inexecução em que se escudou o apelado, cuja pertinência pressupõe admitir-se que a obrigação decorrente do princípio ali estabelecido pudesse contrapor-se à obrigação contratual a que faltou o mesmo. Inaproveitavel, por conseguinte, a brilhante argumentação desenvolvida pelo réu, partindo dêsse pressuposto.

Daí concluir-se que o apelante obrigou-se tão só a entregar o apartamento individuado e especificado no pré-contrato e a outorgar a escritura definitiva, quando pago estivesse o preço, na sua integralidade.

Ora, que o apartamento foi entregue nas condições pactuadas, confirma-o o próprio réu, que nada objetou ao recebê-lo, entrando, de logo, na sua posse, onde permanece.

E qual a obrigação precípua assumida pelo adquirente ora apelado, senão a de pagar o preço parceladamente e nos prazos estipulados, além de outras complementares?

Deixando deliberadamente de satisfazer essas prestações por mais de um ano, quando o contrato previa a rescisão (sic) pela falta de três delas, tornou-se evidentemente inadimplente, sujeitando-se às consequências do contrato e da lei. A sua excusa não encontra apoio no direito.

É possível que o apelado ignorasse os efeitos prejudiciais da sua conduta, o que é lamentável, mas, nem por isto, a justifica.

Foram as considerações acima resumidas que levaram a turma a decretar a resilição pleiteada e, consequentemente, a reintegração do autor na posse do apartamento de sua propriedade, prometido à venda, porquanto, desde a mora a permanência do apelado importava em esbulho, já que outro título se lhe não reconhece que a legitime.

Defere-se, igualmente, ao autor, a indenização do pedido com fundamento no artigo 1.092, § único, do Código Civil.

Tal indenização, contudo, não se poderá confundir, como pretende o autor apelante, na inicial, com a perda em seu proveito, das prestações monetárias recebidas do réu apelado, a título de compensação por alugueres, durante o tempo em que o apartamento estêve em poder do compromissário.

Ainda que o contrato houvesse estipulado a denominada cláusula de decaimento (o que não ocorre), inoperante seria a disposição, face aos princípios jurídicos concernentes à resolução (e resilição) dos contratos bilaterais.

Nem mesmo a título de penalidade poderia vingar a cominação, porque infringente dos limites legais (cf. Decreto n. 22.626, de 7/4/33). Desfeito o negócio jurídico, restabelece-se o **statu quo ante**.

A resolução por si só já constitui sanção do inadimplemento. O direito objetivo acrescenta-lhe apenas as perdas e danos, conforme o multicitado preceito.

A repristinação é da sua essência, segundo o abalizado ensinamento de Pontes de Miranda. Reputa o eminente jurista nula cláusula dessa natureza, por fôrça de regra jurídica universal, que não precisa estar escrita nos respectivos ordenamentos (Cf. Tratado de Direito Privado, vol. 25, págs. 305-390, especialmente § 3089, n. 1, pg. 324; § 3.091, n. 9, pág. 348; § 3.094, n. 1, pg. 380; n. 2, pg. 386, etc. Id., Trat. Direito Predial, vol. 3, pgs. 187; 192; 280).

No direito positivo brasileiro foi o princípio expressamente consagrado pelo Decreto-Lei n. 58, de 1º/12/37, sob cuja égide não se colocaram as partes, embora não deixe o assunto aqui discutido de ter com o mesmo certa relação.

Mas a indenização das perdas e danos a que alude o parágrafo único, do artigo 1.092, é dívida concernente ao interêsse negativo do credor, ainda na lição do mestre há pouco referido. Aí sim, não existe incompatibilidade entre a desconstituição do negócio e a pretensão indenizatória.

A forma adequada do ressarcimento, nas circunstâncias do caso, há de consistir no equivalente aos alugueres pelo tempo em que o apartamento estiver na posse do compromissário. Foi o que o promitente deixou de ganhar. Êsse limite racional e equitativo da indenização cabível, a ser apurada na execução.

O interêsse positivo ficará satisfeito com a resiliação do contrato e a devolução da unidade residencial ao apelante, que, por seu turno, fica obrigado a restituir as importâncias recebidas do apelado, pelos motivos já expostos, muito embora essa determinação não constitua, pròpriamente, condenação, mas um efeito derivado da procedência mesma do pedido principal.

A dívida pelos honorários advocatícios justifica-se, ante o reconhecimento da culpa contratual do apelado.

Salvador, 24 de maio de 1961

Geminiano Conceição — Presidente e revisor.
Renato Mesquita — Relator.
Wilton de Oliveira e Sousa — Vogal

ALÇADA. PRETORES DE MUNICÍPIOS PERTENCENTES À COMARCA DA CAPITAL

Os Pretores de Itaparica, São Sebastião e Camaçari, integrantes da Comarca da Capital não podem processar e julgar todos os feitos, aforados nos mencionados Têrmos, em situação de igualdade, quanto à competência, aos Juízes de Direito. O artigo 47 da Lei n. 1076,

de 26 de janeiro de 1959 se aplica aos Pretores da Capital, vale dito, aos do Município de Salvador. A competência daqueles, por exercerem jurisdição em outros Municípios, regula-se pela Lei de Organização Judiciária — art. 67. A competência discriminada na Lei de Organização Judiciária é absoluta, e não admite, pois, prorrogação, quer legal, quer voluntária. Os limites objetivos da competência por valor são ABSOLUTOS para o MAIS.

Relator: DES. ADEMAR RAIMUNDO

A C Ó R D Ã O

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara Cível, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo de instrumento, interposto por Carlos Aníbal e sua mulher contra o despacho do Dr. Pretor de Camaçarí, que se julgou incompetente para conhecer e julgar a ação possessória requerida pelos mesmos contra Slim Jordan:

Preliminarmente, conhecem do recurso, apesar de a execução ter sido apresentada fora do prazo. Isto porque o § 1º do art. 182 do Código de Processo Civil diz que a incompetência **ratione materiae** poderá ser alegada em qualquer tempo ou instancia.

Ora, no caso dos autos, trata-se de competência em razão do valor, que é também competência **ratione materiae**, uma vez que o seu fundamento é a **causa**, no que ela tem de mais objetivo, que é a estimativa econômica do bem jurídico.

Embora a doutrina moderna oriente-se no sentido de considerá-la relativa, firmou-se, contudo, o princípio de que a competência em razão do valor é ABSOLUTA PARA O MAIS e relativa para o menos.

É a lição do grande Chiovenda (Instituições — Vol. 2º — pg. 217:

> "Os limites objetivos da competência por valor são absolutos para o mais e nem sempre para o menos. Em outros têrmos: o juiz inferior não pode jamais tornar-se competente para conhecer de causa de competência por valor de juiz superior, mas o juiz superior pode tornar-se competente para conhecer de causa de competência por valor de juiz inferior".
>
> (V. Frederico Marques — Instituições — Vol. 1º — pg. 420).

Em processualistas do tomo de **Carnelutti** — Lecciones sobre el proceso penal — Vol. 2º — pg. 307/308, **Carvalho Santos** — Código de Processo Civil Interpretado — Vol. 3º — pg. 24 e Frederico Marques — ob. cit. pg. 378 encontra-se o ensinamento de que a competência por valor é absoluta. Acrescente-se, por fim, que a lei processual civil vigente estabelece que a alçada se determinará de acôrdo com a lei de organização judiciária, que é, no particular, em princípio, a fonte normativa desta modalidade de competência.

Mantida deve ser a decisão agravada. Inaplicável à espécie o art. 47 da Lei 1076.

O pretor de Camaçarí exerce a sua jurisdição no Município de mesmo nome. A lei de emergência, dando idênticas atribuições aos Pretores da Capital, refere-se, exclusivamente, às autoridades judiciárias com função no Município do Salvador. Tal o sentido da expressão PRETORES DA CAPITAL.

Aplicável, portanto, à espécie o disposto no art. 67 da Lei de Organização Judiciária, que estabelece a respectiva alçada dos Pretores que não são da Capital.

Para fins de administração da Justiça, diz o art. 1º da Lei Judiciária, o território do Estado divide-se em comarcas, TÊRMOS e distritos. A cada município corresponderá um TÊRMO (§ 1º). Ora, se assim é, não é jurídica a conclusão de que o Pretor de Camaçarí é da Capital, uma vez que o Município de Salvador, que é a Capital do Estado, tem os seus Pretores, que, portanto, não são os mesmos de Camaçarí, São Sebastião, etc., visto exercerem jurisdição em outros Municípios que não a Capital.

Salvador, 23 de agôsto de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente, com voto.
Ademar Raymundo * — Relator.
Renato Mesquita

---

* Juiz convocado.

ACIDENTES NO TRABALHO

Procedimento contra a Viação Férrea Federal Leste Brasileiro. Competência do Juiz da Vara de Acidentes, ex-vi do disposto no artigo 56, VIII, da lei judiciária baiana e no art. 54 da Lei de Acidentes. Escapa da apreciação do agravo, interposto pela Ferrovia contra o despacho do Juiz dando-se por competente, a indagação sôbre a qualificação funcional da vítima e o seu regime legal. Improcedência do recurso.

Ag. n. 6861 — Relator: DES. RENATO MESQUITA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos de agravo de instrumento n. 6861, sendo agravante a Viação Férrea Federal Leste Brasileiro e agravada Anísia Santos Silva, acordam, em Terceira Câmara Cível, os desembargadores infra-assinados, conhecer do recurso e negar lhe provimento, nos têrmos do parecer do ilustre Dr. 3º Sub-Procurador Geral da Justiça, que adotam como razão de decidir. Custas pela agravante.

— Tendo Anísia Santos da Silva instaurado perante o Dr. Juiz de Direito da Vara de Acidentes o procedimento judicial previsto no Decreto Lei n. 7.036, de 10.XI.44 (art. 55), com o objetivo de receber da Viação Férrea Federal Leste Brasileiro indenização pela morte do seu espôso, Domingos da Silva, servidor daquela ferrovia, vitimado em acidente sofrido em serviço, a Ré, na audiência de conciliação, após haver o Dr. Curador especial feito proposta para o acôrdo, levantou a preliminar da incompetência do Juízo para conhecer do caso, pelo fato de ser a vítima funcionário público, sujeito ao regímen do respectivo Estatuto, não se lhe aplicando a legislação invocada pela viúva.

— Após a réplica do advogado da Autora, o Dr. Juiz suspendeu a audiência, mandando lhe fôssem os autos conclusos, para melhor

apreciação da matéria argüida, vindo, afinal, a proclamar a sua competência, em face da lei baiana de organização judiciária.

Inconformada, a V.F.F.L.B. agravou de instrumento, discutindo, englobadamente, o descabimento do processo e a incompetência do Juízo. Teve vista do recurso o Dr. Curador de Acidentes que o impugnou.

O Dr. Juiz exceto, depois de tecer considerações sôbre a inoportunidade do agravo, admitiu-o e sustentou longa e proficientemente o seu despacho. Subindo o recurso, foi o mesmo distribuído à 3.ª Câmara Cível procedendo-se, nesta, ao sorteio do relator, que tomou o parecer do Órgão do Ministério Público (fls. 29/32).

— O Dr. 3º Sub-Procurador Geral da Justiça suscitou, de início, a questão da competência dêste Tribunal, para conhecer do recurso, opinando afirmativamente, com base, inclusive, em decisão do Supremo Tribunal Federal, havendo a Câmara acolhido, na íntegra, êsse pronunciamento. Teceu, ainda, S. Excia. considerações sôbre o cabimento do agravo quando a questão da incompetência não houver sido levantada na forma de exceção (C.P.C., art. 182), para concluir pela sua admissão, na hipótese de haver a mesma sido objeto de uma preliminar da contestação e como tal havê-la decidido o Juiz.

A turma conheceu, ainda sob êsse aspecto, do agravo, tendo em vista sobretudo a natureza especial do procedimento judicial estabelecido pela Lei de Acidentes (Decreto-Lei n. 7.036, d 10.XI.44), ao qual se não pode aplicar a regra do artigo 182 do Código de Processo Civil.

— No mérito, e feita a correção do inciso invocado pelo recorrente, tal como o observaram o dr. a quo e a Sub-Procuradoria, acolheu-se, na íntegra, o parecer desta, que fica incorporado à presente decisão.

— Limitada, por ora, a apreciação do caso ao problema da competência, de vez que escapa ao recurso a indagação sôbre a qualificação funcional da vítima e o seu regímen legal, é fora de dúvida que a do Juiz da Vara de Acidentes deflui do disposto no artigo 56, inciso VIII da lei baiana de organizaçoã judiciária (Lei n. 175, de 2.7.49), combinado com o art. 54 da Lei de Acidentes, tanto mais quanto, mesmo que se viesse a cogitar do problema focalizado no art. 201 da Constituição Federal, a situação se não modificaria.

Salvador, 18 de outubro de 1961.

Geminiano Conceição — Presidente, com voto.
Renato Mesquita — relator.
Wilton de Oliveira e Sousa — Vogal.
Fui presente: **Alberto da Cunha Velloso**.

SUSTENTAÇÃO DO DESPACHO AGRAVADO

Ao rejeitar a Viação Férrea Federal Leste Brasileiro, por seu ilustre Advogado, a proposta de conciliação que lhe fêz d. Anísia Santos da Silva, beneficiária do falecido ferroviário Domingos da Silva Segundo — proposta da iniciativa do digno Dr. Curador de Acidentes do Trabalho — levantou, aquela, a exce ção de incompetência do Juízo "para apreciar as conseqüências do acidente que vitimou Domingos", pois o mesmo é funcionário público federal a quem se aplica o regime jurídico dos respectivos Estatutos, alega a entidade empregadora.

Rejeitei as alegações da excipiente, conforme despacho transcrito a fls. 12v, do qual agrava de instrumento dita Viação, "na forma do art. 842, item III do Código de Processo Civil Brasileiro". Tal disposição legal diz: **Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatória da ação**. Disso o recurso de nenhum modo cogita, e ficou, logo por terra, em face de ausência de fundamento legal (v. docs. ora anexos). V. inicial.

Contudo, permito a subida do instrumento liberalmente admitindo que a agravante objetiva a exceção de incompetência, muito embora esteja evidente a descabida, ainda assim, segundo as considerações adiante.

Desviou-se da boa rota legal a "Viação Férrea" ao considerar-se agravada, na audiência de conciliação, porque não lhe aceitei a alegação da **declinatoria fori**, quando, ao certo, só o poderia fazer três dias após a citação a 14 de novembro de 1960. Realizada que foi dita audiência a 22 de novembro, o recorrente perdeu o prazo da oposição, conforme o art. 182 do Código de Processo Civil.

Alega o recorrente, sem o momento probatório — ao reverso da lei — que Domingos da Silva Segundo era funcionário público federal a que faltava o direito de indenização pelo acidente do trabalho para beneficiar a família.

Por enquanto os elementos dos autos, nada destroem quanto à alegação da beneficiária ser espôsa de Domingos, o qual fôra morto por acidente em serviço da Rêde Ferroviária Federal S/A. (antiga Estrada de Ferro Leste Brasileiro), ficando a família com direito de requerer indenização. Nada teve de impugnação, ainda, a respeito do laudo a fls. 93 do feito enunciar a qualidade profissional de trabalhador referente ao acidentado.

Reza o artigo 54 do Decreto-Lei n. 7.036, de 10/11/1944:

> A autoridade judiciária competente para receber a comunicação de que trata o art. 46, assim como para conhecer das questões e acordos surgidos da aplicação desta lei, ressalvado o disposto no artigo 50, será, em regra, o Juiz Cível do local onde se verificar o acidente, salvo prescrição em contrário da respectiva organização judiciária.

A ressalva que a parte final do art. 54 da Lei de Acidentes do Trabalho faz para o estabelecimento do Juiz competente ao fim de tomar ciência e processar os acidentes, revela que, na Bahia, onde existe a Lei vigorante n. 175, de 2/7/1944, dispondo sôbre a organização judiciária, tem prevalência seu art. 6º, n. VII, que institui o Juiz privativo da Vara de Acidentes do Trabalho. Quanto à função para os feitos da Fazenda Nacional a Lei Judiciária Baiana outro Juiz de atribuições específicas também criou, tendo funções completamente diversas daquele outro.

O Diploma Judiciário sob estudo, ali no art. 6º n. VII, dá atribuições ao Juiz da Vara de Acidentes mesmo se a União fôr in-

teressada porque esteja em causa interêsses de seus empregados ou beneficiários.

Além de outros, o § 2º do art. 9 do Decreto-Lei n. 7.036 enumera:

> Os preceitos desta lei aplicam-se aos acidentes sofridos: a) — **pelo pessoal de obras da União;** b) — pelos empregados das autarquias; c) — pelos empregados das sociedades de economia mista, etc...

O acidente de trabalho, por sua natureza, exige do legislador, comenta MOZART VICTOR RUSSOMANO, muito maior espírito de humanidade, não sendo justo, assim, que — na medida do possível — as pessoas que trabalham fiquem afastadas dos benefícios estabelecidos (pág. 125, 1º vol. do livro COMENTÁRIOS À LEI DE ACIDENTES DO TRABALHO, do autor citado).

A Lei de Acidentes de Trabalho, sem qualquer dúvida, aplica-se ao objeto dêste processo, afetando-o à Lei de Organização Judiciária (aqui a Lei Estadual de n. 175 em seu art. 6º, VII) ambos diplomas legais harmônicos à Constituição Federal (v. art. 201 § 2ª).

Muito para ilustração e arrimo do considerado, o trecho a seguir do acórdão do Tribunal da Bahia, onde os suscitados, bem se veja, são o Dr. Juiz dos Feitos da Fazenda Nacional e o Dr. Juiz dos Feitos de Acidente do Trabalho:

> — Não é a Lei de organização judiciária da Bahia que fornece a chave mestra do problema, de interêsse nacional e não local, mas sim a federal, aplicável em todo o Território da República, da mesma sorte que, aqui no Distrito não seria seu Código Judiciário restrito que dominaria a situação legitimando a competência de Vara de Acidentes. Só lei federal de aplicação em todo o país teria autoridade, pela suprema, para resolver o assunto como resolveu. O que se pode dizer **in casu**, como se diz para a lei de organização judiciária desta Capital, é que a Lei n. 175, da Bahia, não fugiu à Constituição em vigor porque a ela se amolda em virtude de amoldar-se ao Decreto-Lei n. 7.036, que, por seu turno, se amolda àquela Lei Máxima (in pág. 110 — vol. 45, n. 1 da Rev. dos Tribunais da Bahia.

Mostro a perfeita identidade dos feitos que **aponta o acórdão ao do presente** recurso ao transcrever mais a passagem:

> — "Correm ações naquela Capital (cidade do Salvador), sendo interessada a União como parte dela, pretendendo os beneficiários das vítimas as indenizações cabíveis; **os acidentados trabalhavam na Viação Férrea Federal Leste Brasileiro quando sofreram acidentes (pág. 107, vol. 45, n. 1 — da Rev. dos Tribunais da Bahia).**

Estranhável que, no âmbito de matéria excecional (**declinatoria fori**) pretenda o excipiente o conhecimento de suas alegações da vítima ser funcionário público, visando negar aos beneficiários de Domingos o processo e os direitos decorrentes do Decreto-Lei federal n. 7.036, pois invade assunto da fase probatória ainda não vinda por causa da exceção, aliás fora do prazo legal.

O Desembargador **Antônio de Oliveira Martins** ao ilustrar a Vara de Acidentes do Trabalho, quando seu Juiz, teve oportunidade de proferir sentença julgando improcedente uma excessão igual à do agravo **sub judice**, no feito em que pediu indenização Dona Ernestina Ribeiro de Souza, beneficiária do espôso falecido em acidente sofrido no serviço da **Viação Férrea Leste Brasileiro**. Eis um trecho da sentença:

> Não colhe, igualmente, como fundamento subsidiário da exceção oposta, o argumento relativo à condição de funcionários que se atribui aos acidentados, para o fim de excluí-los dos benefícios da Lei de Acidentes, uma vez que, admitindo-se que assim fôsse, constituiria tal alegação, como bem salienta o Dr. Curador de Acidentes, matéria de defesa, que não aqui, mas sòmente quando discutido o mérito da ação, encontraria a sua oportunidade de ser apreciada.
>
> Competente, pois é o Juiz da Vara de Acidentes do Trabalho para processar e julgar os feitos relativos a acidentes no trabalho, ainda que interessada a Fazenda Pública (v. pág. 371, vol. 41, n. 4 da REV. DOS TRIBUNAIS DA BAHIA).

Houve agravo de instrumento da citada decisão e o TRIBUNAL DE RECURSOS (então competente) confirmou-a, adotando o voto do Ministro SAMPAIO COSTA, que acolheu os argumentos da sentença recorrida e terminou assim:

> — Aqui, êste Tribunal, reiteradas vêzes, tem decidido, em grau de recurso, ações de acidentes do trabalho julgadas no Juízo dos Feitos de Acidentes de Trabalho privativo desta Capital. Nunca se levantou aqui incompetência dêsse Juízo para processar tais feitos quando a ré é a União Federal ou qualquer autarquia.
>
> De forma que, entendo que o Juiz decidiu com acêrto a exceção, sendo competente para prosseguir na causa e julgá-la afinal. (V. AGRAVO DE INSTRUMENTO, n. 1167 da BAHIA-JACOBINA).

Mais não é preciso dizer para manter a decisão recorrida.

A Sra. Escrivã junte, por certidão, a data em que foi publicado o despacho agravado; a cópia autêntica do voto proferido pelo Venerando Ministro SAMPAIO COSTA (relator) e a ementa com o acórdão do TRIBUNAL DE RECURSOS, no AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 1.167; cópia autêntica do têrmo de juntada relativa ao mandado de citação inicial à Viação Férrea Federal Leste Brasileiro, e do Oficial de Justiça o ter cumprido.

Subam os autos, afinal, à Nobre Instância Superior.

Bahia, 9 de janeiro de 1961.

Virgílio Rodrigues de Melo.

EXECUTIVO FISCAL. IMPÔSTO MUNICIPAL DE INDÚSTRIA E PROFISSÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO CONTRIBUINTE EM VIRTUDE DE SUBSTITUIÇÃO LEGAL; INCIDÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 145, DA LEI N. 242/51.

A entrega, pela Machine Cottons Ltd., da totalidade do estoque das mercadorias existentes na Filial, em pagamento das ações subscritas pela mesma, no aumento do capital da Companhia Brasileira de Linhas para Coser, constitui, inequivocamente, uma modalidade da sua transferência de um patrimônio para o outro, com o efetivo encerramento das atividades da emprêsa subscritora, substituída, na sua movimentação, pela congênere, ainda que aquela sobreviva jurìdicamente.

A lei invocada não se limitou a prever as modalidades jurídicas usuais de translação de bens e mercadorias, nem o aplicador da norma tributária está adstrito, à configuração privatista do negócio, que, entretanto, no caso, tem feição nìtidamente comercial.

E' princípio básico da hermenêutica fiscal (exegese funcional) que "os atos, fatos, contratos ou negócios previstos na lei tributária devem ser interpretados de acôrdo com os seus efeitos econômicos e não com a sua forma jurídica, apenas". Essa é uma decorrência da relativa autonomia dêsse ramo do direito público. Reconhece-se, assim, a procedência parcial do executivo, provendo-se, neste sentido, ao recurso. Exclusão da multa penal imposta, correspondente ao dôbro da importância lançada, por se considerar que a mesma não se transfere, na hipótese, ao contribuinte executado em consequência da substituição prevista na lei. Inaplicabilidade, ao caso dos autos, da jurisprudência trazida à colação.

Ap. n. 6649 — Relator: Des. RENATO MESQUITA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Petição n. 6649, da Capital, sendo agravantes o Dr. Juiz de Direito dos Feitos da Fazenda Municipal, *ex-officio*, e a Prefeitura Municipal do Salvador e agravada a Companhia Brasileira de Linhas para Coser, acordam, sem discrepância, os Juízes da 3.ª Câmara Cível, que a êste subscrevem, dar provimento, em parte, a ambos os recursos, desde quando, ao revés da sentença, julgam procedente o executivo fiscal e subsistente a penhora, para a cobrança do impôsto de indústrias e profissões objeto da inicial e do auto de infração e demais peças trasladadas a fls. 92-95 dêstes autos e lançamento certificado a fls. 3, excluída, porém, a multa penal, de sorte a sujeitar a executada, ora agravada, ao pagamento apenas do tributo, taxas correlatas, multa de mora e multa fiscal, no total de setenta e sete mil trezentos e cincoenta cruzeiros e oitenta centavos (Cr$ 77.350,80), na conformidade do constante do processo administrativo. Custas pela agravada.

— Fica integrada neste decisório a parte expositiva da sentença ora cassada, na qual se acham resumidos os fatos e as alegações das partes.

Após haver o relator exposto o caso, na sessão de 3 do corrente e expendido o seu voto dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o eminente Desembargador Geminiano Conceição, que os devolveu a 17, manifestando-se de acôrdo com o voto daquele, pelo convencimento que lhe trouxeram as razões da agravante, salvo quanto a multa penal, que excluia.

Discutido amplamente êste ponto resultou sôbre o mesmo o pronunciamento unânime da turma, como de início assinalado.

A Prefeitura do Salvador está exigindo da Companhia Brasileira de Linhas para Coser o impôsto de indústrias e profissões a que estaria sujeita a Machine Cottons Ltd. quando encerrou, nesta capital, as suas atividades mercantis, pelo fato de dar todo o seu estoque e os móveis da Filial em pagamento das ações que subscrevera no aumento do capital daquela Sociedade. Neste caso o impôsto seria calculado pelo valor atribuído às mercadorias no ato da subscrição.

O assunto legal em que se firma a exeqüente é o seguinte:

Lei municipal n. 242/51 — Art. 145:

"O contribuinte que realizar, *por qualquer meio e modo*, venda de estoque ou *transferir saldo de mercadorias para outra firma*, para encerramento das suas atividades, pagará o impôsto *sôbre o valor da transação*, mediante declaração devidamente comprovada, no dia em que se realizar a venda do estoque ou a transferência das mercadorias, ou o encerramento das suas atividades".

Parágrafo único: No caso de venda ou de transferência de mercadorias ou do estabelecimento, sem observância do disposto neste artigo, o *adquirente ou sucessor será responsável pelo delito fiscal*".

O ilustre juiz *a quo* entendeu, porém, que os atos praticados pela Machine Cotton Ltd., de cuja comprovação se encarregou a própria executada (certidões de fls. 18-24)) "não constituiam, de qualquer forma, ou de modo algum, quer para uma, como para outra das duas emprêsas, um contrato de compra e venda mercantil, ou outra qualquer operação de efeitos outros comerciais, sôbre os quais pudesse recair a aludida imposição".

Noutros tópicos, que a seguir destacamos, S.S. esclarece o seu pensamento:

... "Ora, no bôjo dêstes autos, de maneira alguma se pode enquadrar como de natureza comercial o fato praticado pelas duas firmas interessadas"... "Também não se pode afirmar, em rigor técnico, tenha ocorrido uma verdadeira transferência de efeitos ou fundos comerciais, uma vez que não houve, de parte

a parte, nenhuma intenção de lucro na citada operação"... "as mercadorias negociáveis, mas como dinheiro vivo ou verdadeiro capital, e como dinheiro vivo também entraram para a executada"... "Não houve, convém repetido, qualquer ato de comércio pròpriamente dito, na citada transação. E sem ato de comércio não poderá caber a imposição fazendária"...

— Inteiramente diversa foi a compreensão a que chegaram os membros da turma, na apreciação dos fatos, da lei e dos princípios jurídicos concernentes ao caso *sub-judice*.

Firmou-se, inicialmente, a legitimidade passiva da executada, que, aliás, também foi proclamada pelo ilustre *a quo*, ao repelir, no despacho de fls. 98v, as várias preliminares suscitadas nos embargos à penhora.

Trata-se da legitimidade *ad causam* peculiar ao direito tributário, consagrador do princípio da substituição, mediante o qual o onus fiscal se transfere (sujeição passiva indireta) não só por fôrça da sucessão ou da solidariedade civis, mas da simples *responsabilidade legal*.

Tal é o caso do parágrafo único do artigo da lei municipal acima transcrito, perfeitamente ajustado ao que dispõe a lei federal reguladora do executivo fiscal.

Aí está um dos aspectos da autonomia dêsse ramo do direito publico, vale dizer do prevalecimento das suas normas legais sôbre conceituações outras, provenientes do direito civil, na definição de certos institutos, cujas raízes mergulham no velho romanismo privatista.

Outro princípio que se teve como pacìficamente assentado para a correta decisão da causa foi o de que o *movimento econômico* do comerciante ou do industrial constitui base legítima, critério legal justo, para se aferir a sua capacidade contributiva específica (Constituição Federal, art. 202) e sôbre êle, portanto, calcular-se o quanto devido, em cada caso, de referência ao impôsto em tela, cujo fato gerador consiste sempre no exercício mesmo de uma atividade tributável.

Tão pouco a *incidência*, do ponto de vista jurídico, confunde-se com o significado econômico da palavra, em sua correlação com os fenômenos da repercussão e da absorção. As leis e os regulamentos fiscais estabelecem o conceito específico da incidência, ou seja o instante do nascimento da obrigação fiscal, por ter ocorrido o fato gerador, independentemente do seu resultado econômico (Cf. Rubens Gomes de Souza, Compêndio de Dir. Tributário, pg. 398).

Outro não é o alcance que se nos afigura ter, precisamente, o dispositivo legal invocado pela Prefeitura e a cujas malhas estreitas procura escapar a agravada.

Ali se previu, com justificada prudência, um momento do exercício da atividade mercantil, sujeita à tributação específica, e se fixaram critérios definidores da incidência fiscal e da aferição quantitativa do tributo.

Tal momento verificar-se-ia por qualquer fato de que resultasse a transferência do negócio, ou das mercadorias que lhe eram o objeto, o do estabelecimento, a terceiro, com o encerramento, pelo transferidos, das suas atividades.

Nesse momento nascia a obrigação fiscal e, como o movimento econômico, é a base legal adotada para o cálculo da quantia correspondente ao delito, nenhum elemento mais positivo, nem mais adequado, poderia o legislador indicar, do que o próprio valor atribuido às mercadorias transferidas, a qualquer título, sem qualquer indagação sôbre o resultado econômico do negócio, cuja onerosidade, entretanto, não se poderá pôr em dúvida e cuja lucratividade, embora não caiba apurar-se, é também de presumir-se, realisticamente.

Nisto consiste a divergência radical entre o entendimento da turma e o do preclaro juiz do 1.º grau.

A entrega pela Machine Cottons Ltd. da totalidade do estoque das mercadorias existentes na Filial, em pagamento das ações subscritas pela mesma no aumento do capital da Companhia Brasileira de Linhas para Coser, constitui, inequivocamente, uma modalidade da sua transferencia de um patrimonio para o outro, com o efetivo encerramento das atividades da emprêsa subscritora substituída na sua movimentação, pela congênere, ainda que aquela sobreviva jurìdicamente, alhures.

A lei invocada não se limitou, nos têrmos amplos e genéricos que empregou, a prever as modalidades jurídicas usuais de trasiação de bens e mercadorias, nem o aplicador da norma tributária está adstrito à configuração privatista do negócio, que, entretanto, no caso dos autos, não deixa de ter feição nìtidamente comercial, em sentido lato.

Por haver ficado demasiadamente prêso ao aspecto jurídico formal da operação, foi que o douto juiz chegou às conclusões exaradas na sentença, firmado em conceitos e critérios que se nos afiguram inadequados aos objetivos da tributação questionada.

Bem sabemos as multiformes feições que podem assumir as transações na esfera comercial, mormente neste particular das transformações entitativas e das mutações patrimoniais, decorrendo, não raro, a preferência por uma dessas modalidades operatórias, senão do intuito, ao menos da esperança de vir a escapar dessa ou daquela tributação.

Pode até acontecer que a habilidade do homem de negócio, ao escolher a forma jurídica do ato econômico que tem em vista praticar, susta o desejado efeito liberatório, originando o fenômeno da *evasão* fiscal, nem sempre alcançado pelas sanções legais.

O certo é que neste "jôgo de chicotinho queimado", tão característico das relações entre o contribuinte e o fisco, ao influxo da ética mercantilista dominante, vai o legislador fazendário apertando as malhas do sistema tributário e da sua fiscalização, visando melhor salvaguardar os interêsses do erário público.

E' o que ocorre, já o vimos, com a norma legal objeto dessas considerações.

Cumpre ao intérprete ou aplicador da lei fiscal investigar, mediante um critério funcional, a *ratio legis*, que importa não tanto como estatui a lei, mas o *porque* ela o faz, segundo

a lição de Benvenuto Griziotti, transmitida pelo mestre baiano Aliomar Baleeiro (Cf. vol. 1.º, pg. 272 e segs.).

Nesta exegese não se deve esquecer, outrossim, que o fato gerador do impôsto é sempre um *fato* e nunca um ato ou negócio jurídico e que o direito tributário se interessa pela *substância econômica* e não pela forma jurídica de que o mesmo se revista.

Efeitos econômicos idênticos, produzem idênticos efeitos tributários, não importando a forma jurídica que as partes lhes emprestaram.

Êste o ensinamento de Rubens Gomes de Souza, condensado na passagem a seguir transcrita:

> "Os atos, fatos, contratos ou negócios previstos na lei tributária, como base da tributação, devem ser interpretados de acôrdo com os seus efeitos econômicos e não com a sua forma jurídica; *êste é o princípio básico da hermenêutica fiscal* e dêle decorrem os restantes" (in Compendio, pg. 44).

Lembra-nos ainda o mestre paulista que se, neste setor, não cabe a interpretação extensiva, admite-se, contudo, a analógica (id., pg. 45), a que, entretanto, não se faz mister recorrer, no presente caso, para se justificar o procedimento fiscal da agravante, tão claro é o texto legal.

Não se está, por outro lado, com a adoção dessa regra interpretativa anti-formalista, negando que a obrigação tributária *resulta sempre da lei*.

Ao revés, afigura-se-nos evidente, na hipótese, a vontade da lei, autorizando, indubitàvelmente, o procedimento administrativo através do qual se concretizou a obrigação ali fixada, nos seus elementos qualitativos e quantitativos e que ora constitui o objeto da presente execução.

Dúvida mais séria não se levantou quanto à verdadeira natureza do impôsto cobrado pelo Município do Salvador, dentro da sua competência constitucional e nos têrmos da sua legislação específica. Nenhuma consistência apresenta a pálida argüição de inconstitucionalidade levantada pela agravada nos seus embargos (fls. 14v.), no vão esfôrço de vislumbrar na taxação questionada, um tributo inominado de competência concorrente, prevista no artigo 21 da Magna Carta Nacional, que, sabidamente, não a estende à esfera municipal.

Satisfatória e a refutação oferecida a êsse respeito pela exeqüente, ao impugnar os embargos (fls. 79-80, item 10).

A decisão do caso dispensa, por completo, o exame dessa argüição, tal como o fêz, acertadamente, o ilustre *a quo*.

— De referência à multa penal, no montante do dôbro do impôsto devido, entendeu a turma, após debater o assunto, não se justificar a sua exigência do executado, embora divergindo os seus membros, na fundamentação dos seus votos.

Enquanto os demais membros da turma assim concluiam por considerarem que no caso não se caracterizou a *sonegação fiscal*, apontada pela Municipalidade e determinante da aplicação — da multa legal, conforme o julgamento do auto de infração (traslado, fls. 95), o relator o fazia tão só por considerar que multa dessa natureza, de caráter nitidamente *penal*, resultante de infração fiscal cujo *autor direto*, segundo os têrmos da própria notificação preliminar (fls. 94) é a *Machine* Cottons Ltd., sòmente desta poderia ser exigida, nunca de quem a substituiu legalmente, na responsabilidade tributária principal.

Afigurava-se-lhe inextensível à hipótese a exceção que o direito penal tributário comporta ao princípio de que "a pena não passa da pessoa do delinqüente", em razão do caráter patrimonial da multa e das peculiaridades do direito tributário (Cf. Rubens Gomes de Souza, Compêndio, pg. 102).

De notar-se é que unânime foi a rejeição do argumento da inconstitucionalidade dessa cobrança, face ao artigo 85 da Constituição Estadual, suscitada pela executada, em seus embargos (fls. 15 e 16) e vantajosamente refutado no item 13 da impugnação (fls. 80-81).

Assim, acordes os julgadores na conclusão a que chegaram sôbre êste ponto, desnecessário e até descabido se torna reproduzir aqui outros aspectos do debate, tanto mais quanto unânime foi também o entendimento da turma de que, excluída essa penalidade, restabelecidas e exigíveis tornavam-se, automàticamente, as multas moratórias e fiscais, integrantes do débito, na conformidade do apurado no processo administrativo e independentemente de se apurar a natureza dolosa ou não da infração.

— Por fim, registre-se que não passou despercebido à turma a invocação, pela agravada, de numerosos precedentes jurisprudenciais, provenientes não só dêste Tribunal, como de outras prestigiosas côrtes judiciais do país, inclusive do Excelso Pretório.

Sem entrar em maiores análises dêsses julgados, limitar-nos-emos a observar que, não versando nenhum dêles a hipótese focalizada nos autos, ficaram muito reduzidos no préstimo que poderiam ter para o seu deslinde.

Cuida a quase totalidade dessas decisões do impôsto estadual de vendas e consignação, cuja exigência, nos casos ali considerados, tem suscitado controvérsias.

Mesmo o caso de N. S. Mota & Cia. Ltda., que se refere ao impôsto de indústria e profissão, não se identifica com o presente.

O relator dêste ressaltou, a propósito, que já tivera oportunidade de aderir, no Tribunal, ao ponto de vista do eminente Des. Amarílio Benjamin, voto divergente no caso Almiro Fernandes Tecidos, S. A. (fls. 108 e segs.).

Mais não se faz mister aduzir em abono da presente decisão.

Salvador, 17 de agôsto de 1960.
Renato Mesquita — Presidente e Relator
Geminiano Conceição.
Oliveira e Sousa.

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

REVISÃO CRIMINAL. MOTIVOS QUE PODEM INSTRUI-LA. Desde que, no processo, o réu tenha tido defensor, não cabe a argüição de falta de defesa. O êrro na aplicação da pena justifica plenamente a REVISÃO, devendo ser, nesta oportunidade, aplicada a pena certa.

Rev. n. 488 — Relator: **DES. AMARILIO BENJAMIM**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Revisão Criminal n. 488, requerente, José Ferreira dos Santos, vulgo **"Sanfona"**.

Denunciado por crime de furto, o peticionário foi devidamente processado e finalmente condenado a três anos de reclusão, como incurso no art. 155 combinado com o art. 12, n. II, e § **único**, do **Cód. Penal**, isto é pelo **crime de tentativa de furto** e não **furto consumado**, vez que a sentença, aliás, de acôrdo com o Ministério Público, fixou o entendimento de que o réu, quando foi prêso, ainda não incorporara ao seu patrimônio a coisa alheia, a qual ainda se achava na órbita de vigilância de seu proprietário.

Com a **revisão**, pretende a nulidade do processo, por insuficiência de defesa, e a correção da pena, porque aplicada contra o sistema legal vigente.

O primeiro fundamento não procede.

Vê-se do processo que ao acusado foi concedido defensor, pelo Juiz. Com isso a exigência fica **suficientemente cumprida**, desde que o defensor tenha acompanhado o sumário, presente aos seus atos e formulado as razões respectivas no momento oportuno, como se constata no caso presente.

O que não é acertado é qualificar-se de mau o trabalho da defesa e nisso basear-se a pretensão de nulidade.

Entretanto, o acusado tem razão quanto ao êrro ocorrido no cálculo da pena que lhe foi imposta. De fato, em vista tão só das circunstâncias do art. 42 do Cód. Penal, sem que, portanto, estivesse comprovada qualquer agravante específica, a pena do crime consumado não poderia ter sido **cominada no máximo de quatro** anos, como o foi.

Segundo fêz sentir o Dr. Procurador Geral, a pena, devido aos péssimos antecedentes do acusado, seria de três anos, um pouco acima da média.

Por se tratar de **tentativa**, em que o juiz fica autorizado à redução de um a dois terços, reduzindo-se no caso concreto a pena de três anos, de um têrço, ou seja um ano, tem-se em **dois anos**, efetivamente, a pena que o réu merece. Isto pôsto:

ACORDAM os Juízes das Câmaras Criminais Reunidas em conhecer e deferir a **revisão** do processo a que foi submetido José Ferreira dos Santos, vulgo **"Sanfona"**, para, na conformidade das observações expedidas, reduzir a dois anos de reclusão a pena que lhe foi imposta, por tentativa de furto, contra Altamira dos Reis Silva a 9 de dezembro de 1.956, nesta Capital; e ainda determinar que em favor do paciente seja expedido alvará de soltura, se por aí não estiver prêso, uma vez que submetido à prisão desde a data do crime, acima mencionada, a pena ora fixada já se acha cumprida.

Custas de Lei.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA, EM 15 de Maio de 1959.

Adalício Nogueira — Presidente.
Amarílio Benjamim — Relator. (*)
Aderbal Gonçalves
Clovis Leone.
Cândido Colombo.
Edgard Simões.
Mário Lins.
Fui presente — Calmon de Passos.

(*) Atualmente, está integrando o Tribunal Federal de Recurso.

ESTUPRO — VIOLÊNCIA E RESISTÊNCIA — REQUISITOS ESSENCIAIS — A violência é um dos elementos integrantes do estupro. Inexistindo prova dessa violência e da resistência desenganada da vítima, antes evidenciando-se, do conjunto de circunstâncias, a impossibilidade material da existência dêsses requisitos, defere-se a revisão criminal para absolver o réu.

Rev. n. 551 — Relator: **DES. ADALÍCIO NOGUEIRA**

A C O R D A O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de revisão criminal n. 551, de Macaúbas, sendo peticionário Antonio Francisco de Oliveira.

Decidem os Desembargadores das Câmaras

Criminais Reunidas, do Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer da presente revisão e deferí-la, para o efeito de absolver o peticionário Antonio Francisco de Oliveira da acusação, que lhe foi intentada.

Em verdade, o Dr. Juiz de Direito de Macaúbas condenou-o à pena de reclusão de cinco anos, por considerá-lo passível da prática do crime do estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal e perpetrado contra uma ofendida de cêrca de trinta anos de idade.

Antes de mais, inverossímil é o fato tal como a própria ofendida o narra. As relações sexuais de que resultara defloramento, se realizaram dentro de uma sala, em que dormiam a ofendida e a mulher do réu. Conviviam, à época do episódio criminoso sob o mesmo teto, várias pessoas que faziam companhia a uma doente, em delicado estado de saúde e que se vinculava, por laços de parentesco, aos protagonistas dessa cena. Assim, casa cheia, em vigilância atenta à enfêrma. Vítima e mulher do réu deitadas no mesmo cômodo em camas improvisadas.

Como era, pois, possível a conjunção carnal e, ainda, com a conseqüência do desvirginamento, nesse ambiente? O fato atinge as raias do incrível. O ruído, por menor que fôsse, a ação violenta do réu, por menos ostensiva que fôsse, a reação da vítima à agressão sexual, tudo isso não poderia deixar de despertar a casa do roceiro, naturalmente exígua.

A ocorrência não se processaria num silêncio absoluto. Assim, tudo induz a que se conclua pela impossibilidade material do acontecimento.

Mas, dado que sucedesse, inexiste, positivamente, um dos elementos integrantes do crime de estupro: a violência. É certo que se ensaiou a alegação de que a ofendida era uma débil mental, caso em que tal violência seria presumida. Mas, a anomalia da vítima não se demonstrou, nem por exame especializado, nem por outra prova qualquer, apesar do auto do corpo delito aludir ligeiramente e de modo muito vago, a que ,o exame psíquico, revelou aos testes de inteligência, **atraso mental**" (vide fls. 7 — 9 dos autos apensos. Os grifos são nossos). Tão destituída de base foi semelhante assertiva que a própria sentença condenatória, à míngua de elementos probantes, a desprezou.

Restaria a violência física ou moral, efetiva. Onde demonstrada? Como ocorrera, no ambiente, a que acima aludimos? Diz a ofendida que o réu a ameaçara de morte, se revelasse o ocorrido. Mas a violência deve preceder e condicionar o ato criminoso. Não pode ser-lhe posterior. Diz a vítima que, em segundo encontro sexual, que mantivera com o acusado, apenas lhe perguntara se **aquilo** não era pecado.

Cumpre, pois, se demonstrar, cabalmente, a violência do estuprador. E mais, a resistência desenganada da vítima.

"Simples relutância, mera negativa não podem constituir a resistência querida pela lei" (Magalhães Noronha, Código Penal Brasileiro Comentado, vol. 7, pgs. 128-129) — De violência e resistência em tais têrmos não há a mínima prova nos autos. A sentença que condenou o peticionário é, não sòmente contrária à evidência dessa prova, mas à própria translucidez do direito. E, daí o deferimento da Revisão. Bahia, sessão das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça, em 17 de novembro de 1961.

Des. Simas Saraiva — Presidente
Des. Adalício Nogueira — Relator
Des. Edgard Simões
Des. Antonio Bensabath — Revisor
Des. Aderbal Gonçalves
Des. Vieira Lima
Des. Nicolau Calmon

1.ª Câmara Criminal

PRISÃO ILEGAL POR CONTRARIAR DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS — DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. — Mantém-se a decisão pela qual o Juiz recorrente concedeu o Writ, justificado em duplo motivo: prisão arbitrária do Paciente pelo Delegado, vez que não houve flagrante, nem ordem escrita de autoridade competente, e decaimento do direito de queixa.

Rec. H.C. n.º 4118 — Relator: DES. ADERBAL GONÇALVES.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso de **Habeas-Corpus** de Senhor do Bonfim, n.º 4118, Recorrente o Dr. Juiz de Direito da Comarca e Recorrido Manoel Duque Santana:

Acordam os Juízes da 1.ª Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso, confirmando o despacho recorrido, por seus próprios fundamentos jurídicos

Evidencia-se, da exposição, que um duplo motivo justificou a concessão do **Writ** impetrado àquela autoridade judiciária: a prisão arbitrária do Paciente pelo Delegado de Polícia local, vez que contra o mesmo não existia flagrante, em hipóteses que tais se não impossível, ao menos de difícil configuração, crime de sedução, como ainda nenhuma ordem escrita de autoridade competente que autorizasse a sua custódia. Por outro lado, o decaimento do direito de queixa, pela preclusão semestral do seu têrmo final.

Por isso mesmo, andou-se bem o "a quo" em não tomar conhecimento do pedido de prisão preventiva, requerido pela Promotoria Pública, inserto, ainda, no inquérito policial, em face dessa ocorrência e de onde defluiu, também, a imposição legal da concessão da medida garantidora da liberdade individual.

Salvador, em Sessão de 4 de setembro de 1961.

Santos Cruz — Presidente
Aderbal Gonçalves — Relator
Maciel dos Santos *
Adalício Nogueira
Fui presente: **Alberto da Cunha Veloso.**

(*) Juiz convocado

HABEAS-CORPUS — AUSENCIA DE INFORMAÇÕES DE AUTORIDADE COATORA. CONCESSÃO. — A falta de informações da autoridade policial indicada como coatora, com revelar intuito de exercer violência contra a liberdade física do paciente, justifica concessão da ordem de "habeas-corpus".

Rec. H.C. n.º 4133 — Relator: DES. VIEIRA LIMA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso **"ex-oficio"** de habeas-corpus n.º 4133, da Comarca da Capital, em que são recorrente o Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara Crime, e recorrido Fernando Pessoa da Silva.

Acordam em Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por votação unânime, negar provimento ao recurso para confirmar a sentença recorrida, pois a falta de informações, em tempo requisitadas, por parte da autoridade policial apontada como coatora, o Sub-Delegado de Policia da cidade de **Candeias**, revela o seu intuito de exercer violência, como é de presumir razoàvelmente, contra a liberdade física do paciente.

Justifica-se, destarte, a concessão da ordem, com o fim de evitar a coação iminente.

Custas, **ex-causa**, pela autoridade coatora.

Bahia, em 20 de novembro de 1961.

Adalício Nogueira — Pres. com voto
Vieira Lima — Relator.
Jorge de Faria Góes *
Aderbal Gonçalves.
Fui presente **Manuel J. Pereira da Silva.**

(*) Juiz convocado

IRRESPONSABILIDADE PENAL. DOENÇA MENTAL — A irresponsabilidade penal do réu, por doença mental, é, apenas, um incidente do processo, que se apura para que, afinal, o juiz lhe decrete a absolvição e lhe aplique a necessária medida de segurança, não obstando, portanto, que o processo observe todos os trâmites regulares

Rec. n. 2310 — Relator: DES. ADALICIO NOGUEIRA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso criminal, n. 2310, de Itabuna, sendo recorrente o Dr. Juiz de Direito da Vara Criminal e recorrido Adelino Nunes de Souza.

Decidem os Desembargadores da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, dar provimento ao recurso oficial, para anular o presente processo e determinar se inicie outro, com base no inquérito existente nestes autos, procedendo-se em conformidade com a lei.

Com efeito, os presentes autos atestam a existência de um crime de homicídio. Mas, sem denúncia do Ministério Público, sem instrução criminal, em suma, sem forma, nem figura de Juízo, o Juiz sentenciou, afinal, julgando o réu irresponsável nos têrmos do artigo 22 do Código Penal e recorreu de ofício, para esta instância.

Como possível tamanha suoversão? Como decidir-se uma ação penal publica, sem que a instaurasse denúncia do Órgão do Ministério Público?

A irresponsabilidade penal do réu, por doença mental, é, apenas, um incidente do processo, que se apura para que, afinal, o Juiz lhe decrete a absolvição e lhe aplique a necessária medida de segurança. Mas, daí não se segue

que o processo não observe todos os trâmites regulares. É o que se determina seja feito.

Bahia, Sessão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em 23 de outubro de 1961.

Santos Cruz — Presidente
Adalício Nogueira — Relator
J. Maciel dos Santos *
Aderbal Gonçalves
Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva.**

(*) Juiz convocado

NULIDADE DE PROCESSO CRIMINAL. FALTA DE INTERVENÇÃO REGULAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. — Anula-se o processo a partir da audiência de instrução em que houve inquirição de testemunhas sem a intervenção regular do Ministério Público, representado na mesma por Promotor nomeado ad hoc, não compromissado, e que não fêz qualquer pergunta às testemunhas, com evidente prejuízo para a acusação. — Voto vencido — Des. J. Maciel dos Santos. **A Lei do Ministério Público não exige seja bacharel o Promotor ad hoc nem que preste compromisso. — Não dava pela preliminar, considerando normal a substituição.**

Rec. n.º 2886 — Relator: DES. NICOLAU CALMON.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso Criminal, n.º 2286, de Alagoinhas, em que é Recorrente a Promotoria Pública e Recorrido Esmeraldo Pimentel dos Santos, vulgo "Meruta".

Acordam, por maioria de votos, em 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, dar provimento ao Recurso do Ministério Público, para anular o processo a partir da audiência de instrução, em que interviu o Sr. Elizeu Mendes da Silva, irregularmente investido nas funções de Promotor Público.

I — Não houve ato regular do Juiz nomeando o Sr. Elizeu Mendes da Silva, Promotor Público **ad-hoc**, nem êste prestou o compromisso legal de bem desempenhar esta função.

O que existe nos autos, fls. 54, refere-se, exclusivamente, a Marinalva Pereira Freitas, para servir na audiência de 8 de junho de 1960.

Acresce que êste Representante **ad-hoc** do Ministério Público, assim ilegalmente investido, deixou, sistemàticamente, de fazer qualquer pergunta às testemunhas, concorrendo, dessarte, com o seu silêncio, reflexo de acanhamento, incompetência ou desinterêsse para a desclassificação final do delito capitulado na denúncia.

Embora essa omissão fôsse simples consequência da natural inibição de um humilde alfaiate, guindado açodadamente à alta representação judicial da sociedade, acarretou grave dano à acusação, prejuízo que foi alegado tempestivamente pelo Promotor, logo teve vista dos autos para as razões finais, quando solicitou a reinquirição das testemunhas ouvidas sem a intervenção regular do órgão do Ministério Público.

Evidente o alegado prejuízo da acusação, tendo, naturalmente, influído na apuração da verdade substancial do delito imputado ao recorrido e, conseqüentemente, na sua desclassificação, vale dizer, no decisório da causa. (art. 566 do C.P.P.).

É clara a letra **D** do n.º III do art. 564 da nossa lei processual: "Firma-se esta nulidade, no interêsse da justiça Pública, que há de ter o seu representante funcionando efetiva e constantemente, numa ação em que o poder público deve promover a responsabilidade do infrator penal, dada a possibilidade de dano ou prejuízo, que da falta dessa intervenção resultará" (Espínola Filho, Cód. de Proc. Pen. vol 5.º, pág. 330).

II — É de salientar ainda que, segundo o parágrafo único do art. 138 da Lei n.º 160 de 21 de janeiro de 1949, "Os Adjuntos de Promotor substituirão os Promotores junto aos quais servirem, em tôdas as suas faltas e impedimentos".

Conseqüentemente, em vez de convocar, de logo, o vizinho alfaiate — leigo, inibido ou displicente — deveria o Juiz delongar um pouco a abertura da audiência, aguardando que o seu oficial de Justiça intimasse o Adjunto de Promotor para a substituição legal e obrigatória.

Em uma Cidade do tamanho da de Alagoinhas, que bem conhecemos, com um pequeno retardamento, ter-se-ía legalizado a representação do Ministério Público.

Bahia, 9 de outubro de 1961.

Santos Cruz — Presidente
Nicolau Calmon de Bittencourt — Relator.
José Maciel dos Santos — Rel. vencido. *

Voto vencido — Desprezava a preliminar, entendo, como entendo, **data venia**, que não gerava nulidade o ato contra o qual se insurgiu a Promotoria, recorrente.

Como fêz notar em seu parecer o digno 1.º Sub-Proc. Geral, a Lei do Ministério Público não exige, nas substituições momentâneas, ou ocasionais, dos Promotores, seja Bacharel em Direito o substituto. Diz, apenas, que, havendo possibilidade, se preferirá quem diplomado em Ciências Jurídicas e Sociais. Isso, o que se depreende do confronto dos arts. 59 e 60 da Lei 160, de 21 de janeiro de 1949.

Operou-se, pois, normalmente, a substituição. Dito diploma não cuida de compromisso a Promotor **ad-hoc**, nem a circunstância de se omitir o nomeado de reperguntar testemunhas, implicaria em ter ficado a diligência, pràticamente, sem representante da Justiça. O próprio recorrente procedeu de igual modo. Chegando a tempo de assistir ao depoimento da 3.ª testemunha da defesa, a ela não formulou qualquer pergunta. **Entretanto**, contra sua conduta nada articulou o voto vencedor.

Acresce salientar, no caso, que o recorrente, notificado para a audiência, a ela chegou, como dito, retardado sem dar prévio conhecimento ao titular do Juízo, da impossibilidade de comparecer à hora marcada, para oportuna convocação ao Adjunto da Promotoria, cuja vinda em seu lugar cumprir-lhe-ia, mesmo, providenciar.

Aderbal Gonçalves.

Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva.**

(*) Juiz convocado

HOMICÍDIO PRIVILEGIADO — DESCARACTERIZAÇÃO. — Ainda mesmo admitida a versão de ter sido o homicídio cometido por motivo de relevante valor moral, qual seja o de legítima defesa da honra da espôsa do réu, o longo tempo decorrido entre a possível agressão à honra conjugal e o crime, bem como o procedimento à traição, desfiguram completamente o caráter moral do ato. — Excessiva a condenação à pena máxima do réu de homicídio qualificado, sendo o mesmo criminoso primário e de bons antecedentes, impondo-se sua redução para vinte e cinco anos de reclusão.

Ap. n. 4597 — Relator: DES. ADALÍCIO NOGUEIRA.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal n.º 4597, desta Capital, sendo apelante Cirilo Francisco da Silva e apelada a Justiça Pública.

Decidem os Desembargadores da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto divergente, rejeitada a preliminar da nulidade do julgamento pelo Júri, dar provimento, em parte, à apelação, para reduzir a pena imposta ao apelante Cirilo Francisco da Silva a vinte e cinco anos de reclusão.

Não há nulidade de julgamento. A formulação dos quesitos obedeceu, estritamente, à regra do artigo 484 do Código de Processo Penal. A indagação referente ao quesito da traição não podia deixar de preceder o relativo à defesa, de vez que o crime qualificado, que é a figura que se ofereceu ao exame do Júri, integra-se com a agravante da traição. Ao Júri é que competia, se assim o entendesse, negar a agravante e desclassificar o delito para o de homicídio simples, hipótese em que, seria ouvido sôbre se o réu o praticou, levado por motivo de relevante valor moral.

Quanto ao mérito, o Júri não decidiu de modo manifestamente contrário à prova dos autos, de maneira a possibilitar-se ao réu a oportunidade de outro julgamento, que foi o segundo, aliás, a que o mesmo se submeteu, com aplicação de igual penalidade.

Ainda mesmo admitida a versão de que o réu agira levado por motivo de relevante valor moral, pelo fato de haver a vítima atentado contra a honra da sua espôsa, o Júri podia adotar, perfeitamente, como o fêz, o entendimento de que, o longo espaço de tempo decorrido entre aquela possível agressão à honra conjugal e o crime, bem como o procedimento capcioso e traiçoeiro com que o mesmo réu atuara para atrair a vítima, com mostras de benevolência e amizade, ao exercício de sua vingança, teriam desfigurado, totalmente, o caráter moral do seu ato. Essa compreensão assenta, sem dúvida, na liberdade subjetiva de apreciação do Júri e no princípio de soberania do seu julgamento.

Deve-se, contudo, dar provimento, em parte, à apelação do réu, para atenuar-lhe a pena, reduzindo-a a vinte e cinco anos de reclusão além das demais cominações. O réu é criminoso primário. Não se lhe conheceu antecedentes criminais ou sociais desprimorosos. A pena máxima, com que o Júri, por duas vêzes, o sentenciou, é excessiva. Impõe-se-lhe a redução, como ato de justiça.

Bahia, sessão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em 26 de setembro de 1960.

Santos Cruz — Presidente
Adalício Nogueira — Relator
Mário Lins
J. Maciel dos Santos *

Fui presente: **Fortes do Rego.**

(*) Juiz convocado

CONTRAVENÇÃO PENAL — CRUELDADE CONTRA ANIMAIS — Não se caracteriza o crime previsto no art. 64, da Lei de Contravenção Penal, se falta o elemento subjetivo estrutural que é o ânimo deliberado de submeter o animal à crueldade.

Ap. n. 2431 — Relator Des. ADERBAL GONÇALVES.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação crime da Capital, n. 2431, sendo apelante Afonso Leão da Fonseca e apelada a Justiça Pública, integrando êste o relatório de fls. 94: Acordam os Juízes da 1a. Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao apêlo, para absolver o Apelante da acusação que lhe foi intentada, ficando, assim, cassada a sentença do primeiro grau e custas na forma regular.

Os autos tratam da hipótese da contravenção prevista no art. 64 da lei específica e atribuem ao Apelante a responsabilidade de um tiro desfechado contra um cão pertencente ao vizinho do mesmo, José Barbosa de Oliveira, residente à rua Francisco Souza n. 35, nesta Cidade.

Todavia, como bem acentuou a douta Procuradoria, nenhuma infração existe, de caráter doloso, sem o seu elemento característico: "**animus**", não fugindo a essa regra o dispositivo em que se firma o presente processo.

O elemento subjetivo estrutural da contravenção é o ânimo deliberado de submeter o animal à crueldade.

Poder-se-á entrever essa intenção no caso dos autos?

O tiro desferido pelo Apelante no cão que deparou nos limites de sua propriedade, à noite, tanto mais tratando-se de animal de grande porte, da raça Pastor Alemão, pode ser encarado como um ato de sua parte visando tratar o animal com crueldade?

Da situação fática referida nos autos não se pode chegar à essa conclusão, pois quer o tomasse o Apelante por um vulto humano, ou mesmo temesse a ação agressiva de um animal de grande porte, o seu ato teria sido outro que não causar crueldade ao cão.

Poder-se-ia, na hipótese, vislumbrar o crime de dano, capaz de sujeitar o seu autor a responsabilidade penal decorrente do evento para o qual concorrera deliberadamente

Jamais, entretanto, enquadrá-lo, nas lindes daquela contravenção por que foi condenado, em razão de faltar-lhe o "animus" da crueldade, elemento indispensável na sua caracterização.

Salvador, em Sessão de 6/XI/1861.

Adalicio Nogueira — Presidente
Aderbal Gonçalves — Relator
J. Maciel dos Santos *
Jorge de Faria Góes *
Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva**

(*) Juízes convocados

DECISÃO DE ACÔRDO COM A PROVA DOS AUTOS — Acolhendo versão provinda dos acusados, mas fortalecida por depoimentos testemunhais e sufragada, em parte, por decisão anterior do 2.º grau, referente ao mesmo caso, o Júri não terá proferido veredictum manifestamente contrário à prova dos autos.

Ap. n. 4636 — Relator: DES. MACIEL DOS SANTOS

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal, n. 4636, de Alagoinhas, apelante a Promotoria Pública, e, apelados José Justino dos Santos, Olímpio José dos Santos e Ivo Joaquim da Silva: Acordam por votação únânime, os membros integrantes da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em negar provimento à apelação para que subsista o veredicto do Júri; e mandar expedir alvará de soltura, em favor daqueles dentre os apelados, que presos se acham, salvo se motivo outro justificar o constrangimento.

Os três acusados foram feridos pela vítima, o sargento Berilo Vieira da Silva, que os alvejou com um revólver calibre 32. Segundo êles o ataque teria partido do militar.

Em todos os seus interrogatórios, José Justino, o único dos implicados que haveria inicialmente penetrado na casa 24, da rua Cons. Couto, disse que até alí fôra, na esperança de reunir-se a seu irmão, Olímpio, de quem, há momentos, se apartara. E ajuntou: — pondo a cabeça no interior do quarto de uma das mundanas, através da porta, entreaberta, a perguntar por aquêle, uma voz de homem se fêz ouvir, com estas palavras: "Bote a cabeça, de nôvo, para eu mostrar quem está"; ao que retrucou que não o faria, porém se o interlocutor quisesse saber com quem tratava saísse.

Dirigindo-se à porta da rua passou a palestrar, já alí, com uma rapariga, quando, vindo do quarto, com um revólver na mão, um indivíduo lhe tomou satisfação e, ato contínuo, o atingiu, num dos pés, com um disparo da arma. Assim ferido, pediu socorro a Olímpio, que vira na esquina próxima. Atendido, enfrentaram o agressor, que, também, já alvejara e ferira a Olímpio. Na luta, usou a sua faca de magarefe, e Olímpio, um revólver. Quanto a Ivo, a êles não se aliou, no correr do conflito. Vinha, casualmente, passando pela frente da casa, quando foi atingido no rosto, por projétil do revólver que o sargento empunhava.

A prova do sumário não confirma, nem infirma essa versão. Depuseram 6 testemunhas numerárias e 3 referidas. Nada menos de 5, dentre aquelas, são oficiais, ou inferiores do 4.º B.C. da Polícia Militar, sediado em Alagoinhas. Nenhum dêles assistiu à cena, e companheiros de armas do finado, se pronunciaram apaixonadamente. Salientou, o Dr. Juiz, que a tropa muito se sensibilizou com a perda do camarada, e que elementos dela chegaram a constituir advogado para acompanhar o processo.

As pessoas que estavam em condições de prestar, à Justiça, esclarecimentos melhores, derredor do caso, — as pobres decaídas do 24, do 26 e do 22, da rua Cons. Couto — umas, deixaram Alagoinhas, e, entre essas, a manceba do sargento; outras, inquiridas, trancaram-se num "nada sei", ou "nada ví": tôdas a darem a impressão de que um mal lhes poderia suceder, se falassem.

Tudo isso, não passou despercebido ao Dr. Juiz da instrução.

O inquérito é bem mais rico de informes, oriundos, na sua maior parte, das raparigas Ana Maria de Carvalho, Alzira Rodrigues da Silva e Maria Helena Santos. Os seus ditos têm muitos pontos de contacto com o afirmado pelos réus.

Que José Justino e Olímpio agiram em legítima defesa, e que Ivo não participou do evento, senão como vítima do miliciano, foi, sempre, o que êles, com efeito, sustentaram, e se constitui em versão aceitável.

O Dr. Juiz sumariante a repeliu. Era seu dever fazê-lo, pois que ela se não apresentava estreme de dúvida.

No entanto, em decidindo recurso estrito, interposto pela Promotoria, da sentença de pronúncia, desclassificadora do delito, para homicídio simples, a 2a. Câmara Criminal, em acórdão de que foi Relator o então membro da Casa, Des. Cândido Colombo, proclamou que "à vítima coube a iniciativa da agressão" (fls. 212).

Se assim pareceu a quantos subscreveram o venerando aresto, nada de mais que o Júri, com os podêres amplos que lhe são constitucionalmente deferidos, reconhecesse, aliás, por duas vêzes consecutivas, que todos os requisitos da descriminante do art. 19, n. 2, do Cód. Penal, coexistiram, na reação de José Justino e Olímpio José ao ataque do sargento Berilo, e, do mesmo passo, que Ivo Joaquim não interferiu nos acontecimentos.

Salvador, 9 de outubro de 1961.

Santos Cruz — Presidente
J. Maciel dos Santos — Relator *
Adalicio Nogueira.

(*) Juiz convocado

NULIDADE DE PROCESSO — FALTA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL — Mesmo não sendo possível o comparecimento do réu para assistir ao sumário, deverão ser ouvidas as testemunhas com a presença do Curador e do defensor dativo. — Ausência de prazos concedidos à acusação e à defesa. Cerceamento desta.

Rec. n. 2.300 — Relator: DES. ADALÍCIO NOGUEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso criminal, n. 2300, de Itabuna, sendo recorrente o Dr. Juiz de Direito da Vara Criminal e recorrido Valeriano José de Brito.

Decidem os Desembargadores da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso oficial, para anular o processo, da fls. 32, por diante, devendo-se renovar o que, erradamente, foi praticado.

Em verdade, não consta dos autos se procedesse à instrução criminal. Não se ouviram as testemunhas arroladas pelo Dr. Promotor. Pouco importa não tenha sido possível ao réu, por motivo de moléstia, transportar-se ao fôro da culpa para assistir ao sumário, como atesta o telegrama de fls. 36. As testemunhas seriam ouvidas, com a presença do Curador e do defensor dativo. Após essa audiência, as partes teriam que, necessàriamente, pronunciar-se antes da sentença do Juiz, como comanda o art. 406 do Código de Processo Penal. No entanto, tal não se fêz, como se vê de fls. 39 e v., falando, apenas, o Dr. Promotor, em brevíssimo parecer, para declarar que o réu é um irresponsável.

Ora, um dos motivos da nulidade do processo é a ausência de "prazos concedidos à acusação e à defesa" (art. 564, III, letra e). Houve evidente cerceamento desta. O processo é, constitucionalmente, contraditório. É, para que se sanem tais nulidades, que se determina se proceda à formação da culpa do réu e se repitam os atos, acima apontados, proferindo, então, o Juiz, sentença final.

Bahia, Sessão da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em 23 de outubro de 1961.

Santos Cruz — Presidente
Adalício Nogueira — Relator
J. Maciel dos Santos *
Aderbal Gonçalves
Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva.**

(*) Juiz convocado

IMPUTABILIDADE PENAL — Não há que cogitar de imputabilidade penal para aquêle que se não pode determinar na momentaneidade delituosa.

Ap. n. 2391 — Relator: DES. ADERBAL GONÇALVES

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal de Esplanada, n. 2391, sendo apelante a Promotoria Pública e apelado Mário Ribeiro dos Santos.

Acordam os Juízes da 1a. Câmara Criminal à unanimidade, negar provimento não só ao Recurso de Ofício, como ao Apêlo da Promotoria Pública, confirmando a bem elaborada sentença de fls. que se impõe pela sua fundamentação jurídica própria e pela exata aplicação que fêz da Lei Penal.

Custas **ex-vi legis.**

Denunciou o Representante do Ministério Público o apelado como incurso nas penas do art. 121, § 2.º, inciso II, do Código Penal, por haver, no dia 2 de maio de 1957, produzido na pessoa de Xisto Borges de Jesus as lesões corporais descritas nos respectivos autos, de que lhe resultou a morte.

No curso da formação da culpa, requereu o nobre Órgão do Ministério Público fôsse o Apelado remetido para o nosocômio "Juliano Moreira", afim de ser submetido a exame de sanidade mental, o que se efetivou, conforme laudo de fls. seguindo o processo com o Curador nomeado ao acusado, além do respectivo defensor que, desde o início, vinha funcionando. Ao final, e em face do laudo, de fls. 47/50, julgou o "a quo" improcedente a denúncia e, de acôrdo com o art. 22 da Lei Penal, absolveu o Apelado da acusação que lhe era feita, visto haver se comprovado nos autos sofria de desenvolvimento mental retardado e era, ao tempo do cometimento da infração, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do ato e de determinar-se acordantemente com êsse entendimento. Todavia, e como conseqüência do próprio estado de insanidade mental do Acusado, a denunciar periculosidade, decretou o Dr. Juiz de Direito, nos têrmos dos arts. 78, I. 91, § 1.º, inc. I e 90 do Código Penal, a medida de segurança de internação, para tratamento, naquele referido Nosocômio, pelo prazo de seis (6) anos e recorreu de ofício para êste Egrégio Tribunal.

Inconformada com a decisão, por discordar do laudo psiquiátrico, recorreu, por sua vez a Promotoria Pública, opinando pela pronúncia do Acusado nos têrmos da denúncia, excluída, porém, a qualificativa do motivo fútil, incompatível com os casos do art. 22, § único do Diploma Penal, visto considerá-lo um "fronteiriço", sujeito, em conseqüência, a uma imputabilidade restrita. Com a devida vênia, tanto o nobre Órgão da Justiça Pública, na Comarca, como a douta Procuradoria, impressionaram-se com a parte discursiva do laudo, e, daí, esquecerem a sua conclusão, clara e precisa, no sentido de declarar o Acusado incapaz de entender o caráter ilícito do seu procedimento e de determinar-se na momentaneidade delituosa. Ora, é sabido que, sem essa capacidade de livre determinação, não é possível se afirmar a imputabilidade criminal. Tanto mais, quando êsse estado deficitário resulta, como na hipótese vertente, de um "desenvolvimento incompleto retardado", que torna o seu por-

tador incapacitado para o entendimento das normas éticas, com acentuado deficit de inteligência, de afetividade primitiva, instável, desadaptado ao meio e agressivo. (Vd. Laudo de fls.).

Pouco importa que a perícia psiquiátrica não tenha definido, convenientemente, a gradação oligofrênica do Apelado, porque a conclusão do laudo não deixa dúvidas da sua incapacidade de entendimento e determinação no momento do ato delituoso. Além disso, vale considerar que, em qualquer dos graus por que se encare a oligofrenia, não se pode, a priori, excluir a hipótese de irresponsabilidade total, a depender do exame fático das circunstâncias, que antecederam ou concorreram com o delito. No particular, doutrina o Eminente Hungria: "Em face do Código, a responsabilidade só deixa de existir quando inteiramente suprimidas no agente, ao tempo da ação ou omissão, a capacidade de entendimento ético-jurídico ou a capacidade de adequada determinação da vontade ou de auto-govêrno". (Conf. "Coms. Cód. Pen." Edc. Rev. For. vol. 1, n. 101. págs. 481/82 — Rio, 1949). E, em nota, esclarece, com inteira propriedade ao caso: "o Código não repudiou o critério de assentar a responsabilidade penal na responsabilidade psíquica ou moral, que, por sua vez, assenta no pressuposto da vontade livre". (Op. e Vol. Cits. nota 2 à pág. 482).

É evidente que não há que cogitar de imputabilidade penal para aquêle que se não pode determinar na momentaneidade delituosa.

Salvador, em Sessão de 24/VII/61.

Vieira Lima — Presidente
Aderbal Gonçalves — Relator
Gerson B. Neves *
Edgard Vieira dos Santos *
Fui presente: **Domingos Marques Ferreira**

(*) Juízes convocados

JÚRI — DECISÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. — LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA. — Quando a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos o réu deve ir a nôvo júri. Tem êsse caráter a decisão que absolveu o réu por legítima defesa, quando êste próprio ofereceu depoimento contraditório e as demais provas dos autos repelem tal conclusão.

Ap. n. 4615 — Relator: DES. ADALÍCIO NOGUEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal n. 4615, desta Capital, sendo apelante o Dr. Promtor Público e apelado **Genaldo Lemos Couto.**

Decidem os Desembargadores da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto discrepante, rejeitada, preliminarmente, a alegação de que não se deve conhecer da apelação interposta, dar provimento à mesma para, cassada a decisão absolutória do júri, em razão de que foi proferida contra a prova manifesta dos autos, mandar seja o apelado submetido a segundo julgamento.

Em verdade, a apelação foi, tempestivamente, interposta.

Proferido o veredictum do Júri em 24 de agôsto de 1960 (fls. 317), o Dr. Promotor manifestou a sua apelação dois dias após, em 26 do mesmo mês (fls. 321), assinando o respectivo têrmo na mesma data (fls. 322). As razões da apelação, ao contrário do que se pensa, foram, também, oferecidas no prazo legal. É certo que o Escrivão devia, logo após a assinatura daquele têrmo, ter aberto vista dos autos ao Dr. Promotor, para apresentá-las. Mas, não o fêz Mandou os autos conclusos ao Dr. Juiz (fls. 322 v.) que sòmente a 14 de outubro do mesmo ano, determinou se desse vista dos mesmos ao Órgão do Ministério Público. E êste arrazoou, três dias após, assim, dentro no prazo (fls. 323--332). O prazo em questão teria que contar-se da data da vista. Que culpa tem o Promotor de que o Escrivão fizesse conclusos os autos ao Juiz e de que êste demorasse os mesmos em seu poder, só lhe ensejando a vista do processo naquela data? Ademais, mesmo que as razões tivessem sido oferecidas fora do prazo legal, nem por isso se deixaria de conhecer da apelação, porque esta subiria à apreciação da instância superior, com as razões ou sem elas, consoante prescreve o artigo 601 do Código de Processo Penal.

Quanto ao mérito, não subsiste a um exame atento da prova dos autos, a invocação de legítima defêsa própria. A decisão, que a reconheceu, afrontou, sem nenhuma dúvida, aquela prova. Quem recusa, renega e desautoriza aquela alegação é o próprio apelado. E fê-lo por três vêzes, na tríplice oportunidade em que foi ouvido: na polícia, no sumário e no plenário do julgamento. Atribuiu o delito que praticou, ora a um disparo involuntário da arma, que portava, ora ao intuito de intimidar a vítima, havendo atirado para o chão. Vejam-se as suas declarações a fls. 43, 58v. e 315. Quem tem consciência de que exercitou um direito, não o omite nem o desconhece; ao revés, proclama-o solenemente, alto e bom som. A prova testemunhal, quase unânime, porque não há contar com depoimentos eivados de suspeição sobretudo a produzida por testemunhas presenciais do ato, inclusive a do companheiro da vítima que, em companhia desta, saltou do automóvel no local em que se deu a tragédia, afasta, totalmente, a hipótese da legítima defesa. Acresce, ainda, que a vítima estava desarmada e o réu se munira de um revolver, dirigindo-se para o local onde sabia encontraria aquela. Surtira o desejado efeito a intriga tecida por Milton Nuno Pereira (Vejam-se os depoimentos de Domicio Barbosa Damasceno, no sumário, fls. 118 v. e João Evangelista

de Santana, no inquérito policial fls. 25 e v.)

Não há, pois, senão que devolver-se ao Júri a reapreciação do fato criminoso, para que o julgue, no exercício da sua soberania.

Bahia, Sessão da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em 5 de junho de 1961.

Vieira Lima — Presidente
Adalício Nogueira — Relator
Aderbal Gonçalves
Antônio Bensabath
Fui presente: Domingos Marques Ferreira.

FURTO QUALIFICADO TENTATIVA — Quando há que declará-lo apenas tentado, mas, qualificado. Circunstâncias da escalada e do repouso noturno.

Ap. n.º 2448 — Relator: DES. MACIEL DOS SANTOS.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal, n.º 2448, da Capital, em que é apelante José Pereira da Silva e apelada a Justiça Pública:

Acordam os membros integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em dar provimento parcial à apelação, para, desclassificando o ilícito, declarar incurso, o réu, no art. 155, §§ 1.º e 4.º, n.º 2, combinado com o art. 12, inciso 2.º, do Código Penal, e condená-lo a dois anos e seis meses de reclusão, mantidas as cominações accessórias.

A infração está, por inteiro, provada nos autos, e, com ela, a autoria: José Pereira da Silva foi prêso em flagrante. Havendo penetrado, mediante escalada, com destelhamento, na casa n.º 7, à rua Joaquim Maurício, zona de Nazaré, furtou um relógio e um anel de senhora, isso, a horas mortas da noite de 24 de outubro de 1960. Pressentido pelos moradores, êsses o foram encontrar debaixo da cama de um dos quartos, munido de uma faca. Desarmado e revistado, as peças subtraídas, que estavam, efetivamente, consigo, foram apreendidas pela polícia e voltaram às mãos de sua dona: uma pupila do chefe da casa.

A negação do fato, inclusive da autoria, é, portanto, mero artifício da defesa. Não se pode, no entanto, considerar consumada a infração, mas, simplesmente tentada. E, nesse ponto, o próprio representante do Ministério Público, nas contra-razões, com o endôsso da 1.ª Sub-Procuradoria Geral, julgou de bom alvitre rever o seu ponto de vista.

Com efeito, nem por momentos, a bem dizer, o delinqüente estêve tranqüilo, com as jóias subtraídas. É que, já sem elas, deixou o local.

Mas, a verdade é que êle penetrou nos cômodos internos do prédio, por meio de destelhamento de porção de um dêles, e, pois, com escalada de sua cobertura.

Por outro lado, o fêz às duas horas da madrugada, mais ou menos, e, dessarte, em pleno repouso noturno da família.

Isso, o que o auto de flagrante deixou evidenciado, e a prova do sumário confirmou.

A classificação exata do ilícito só poderá ser, por conseguinte, no art. 155, §§ 1.º e 4.º, n.º 2, em combinação com o art. 12, inciso 2.º, do Código Penal.

Isso estabelecido, fixam a pena-base em cinco anos, tendo em vista os maus antecedentes do réu, com várias entradas na Polícia, em cujo setor é conhecido por "Muquirana"; mas, considerando, também, que, afinal, prejuízo algum sofreu a vítima, no seu patrimônio.

E rebaixam, dita pena, de metade, **ex-vi** do disposto no § único do citado art. 12, condenando o apelante, como dito **in principio**, a dois anos e seis meses de reclusão, mantidas as sanções accessórias.

Como se percebe, concorrendo, na hipótese, as causas especiais de agravação — da escalada e da perturbação de repouso noturno —, nos têrmos do art. 50, § único, do Código, se limita a um só aumento, fazendo prevalecer aquela, sôbre essa, eis que mais forte como exasperadora da pena.

Bahia, 27 de novembro de 1961.

Adalício Nogueira — Presidente
J. Maciel dos Santos — Relator *
Jorge Faria Góis — Revisor *
Aderbal Gonçalves
Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva.**

(*) Juízes convocados

APELAÇÃO CRIMINAL. — INTEMPESTIVIDADE. — NÃO CONHECIMENTO. O prazo para a interposição da apelação conta-se a partir da intimação condenatória.

Ap. n.º 2419 — Reltor: DES. ADALÍCIO NOGUEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação criminal, n.º 2419 desta Capital, sendo apelante José Augusto Lavigne Weyll e apelada a Justiça Pública.

Decidem os Desembargadores da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Baria, preliminarmente e sem voto divergente, não conhecer da presente apelação, por interposta fora do prazo legal.

Com efeito, o réu foi intimado da sentença condenatória em 25 de novembro de 1960 (fls. 250). Assim, o prazo para valer-se do recurso extinguiu-se a 30 do mesmo mês. Sòmente a 1.º de dezembro do mesmo ano, veio o réu com a petição de fls. 253 que, mesmo estivesse dentro no prazo legal para a interposição da apelação, não valeria como tal, visto que na mesma se solicita vista do processo para "apresentar o recurso cabível para o Egrégio Tribunal de Apelação do Estado". E sòmente a 29 de dezembro, quase um mês após, se ofereceram as razões dessa apelação que não foi interposta (fls. 258 e 259-264). Já se vê, pois, que não houve apelação regular e tempestivamente interposta da decisão condenatória, razão porque não pode ser conhecida.

Bahia, Sessão da 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, em 13 de novembro de 1961.

Antônio Bensabath — Presidente
Adalício Nogueira — Relator
Aderbal Gonçalves
Vieira Lima
Fui presente: **Manuel J. Pereira da Silva.**

2ª CÂMARA CRIMINAL

HABEAS-CORPUS — HOMICÍDIO — Demora da formação da culpa, em razão da impossibilidade de manter-se o réu na prisão local — Deve-se ter como verazes as informações do juiz — Indeferimento.

H.C. n.º 6.031 — Relator: DES. ADALÍCIO NOGUEIRA

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de **habeas-corpus** n.º 6.031, de Irecê, sendo impetrante o Bel. Aristides de Souza Oliveira e paciente Manuel Bernardino Teixeira.

Decidem os Desembargadores da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto divergente, indeferir o **habeas-corpus** requerido. Êste é o terceiro **habeas-corpus** impetrado em prol do paciente e todos com fundamento na demora ocorrida na formação da culpa. Alega-se que o mesmo está prêso na Casa de Detenção desta Capital, porque a Cadeia de Irecê não oferece qualquer segurança.

O juiz a **quo** informa que já requisitou o prêso ao Dr. Diretor da Casa de Detenção, a fim de prosseguir na formação de culpa. Mas o impetrante faz juntar ao seu pedido atual uma certidão daquele presídio (fls. 12), em que se afirma que nenhuma requisição acêrca do réu em questão, alí foi ter. Assevera, então o impetrante que não são verdadeiras as declarações do Juiz, — mas, a Câmara não pode ter como mendazes tais informações, senão que há presumí-las verazes. Basta verificar que as prestadas nestes autos são datadas de 16 de outubro do ano corrente (fls. 10) e a certidão acima aludida foi passada um dia após, ou seja em 17 de outubro do mesmo ano (fls. 12). Quando teria sido enviada a requisição do Juiz à Casa de Detenção? Não teria havido extravio ou demora do Correio? Tudo é possível supor-se. Ademais, tal certidão foi passada há cêrca de um mês antes da decisão do presente **habeas-corpus**. E nesse período não teria chegado a solicitação em aprêço?

Trata-se de paciente que cometeu homicídio qualificado e prêso em flagrante, como se vê das informações de fls. 10 e das demais que foram prestadas nos autos de **habeas-corpus** em apenso. O que cumpre é que, de qualquer sorte, se deve prosseguir nos têrmos do processo, a que responde. Por tais razões, indeferindo o pedido, resolve a Câmara que se oficie ao Dr. Secretário da Segurança Pública, solicitando-lhe seja providenciada uma escolta, que conduza o paciente a Irecê, onde responderá ao processo que, contra êle, se move. Bahia, sessão da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em 16 de novembro de 1961.

Adalício Nogueira — Pres. e Relator.
Antônio Bensabath.
Edgard Simões.
Nicolau Calmon de Bittencourt.
Fui presente. **Manuel J. Pereira da Silva.**

HABEAS-CORPUS. FLAGRANTE CARATERIZAÇÃO. — Aquêle momento em que o crime está sendo cometido, quando o indivíduo está na execução de ato criminoso classificado pela lei, ou logo após, enquanto foge, perseguido pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser êle autor da infração; finalmente, se é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis, que façam presumir a sua autoria.

H.C. n.º 5.800 — Relator: DES. ÁLVARO CLEMENTE

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados, expostos e discutidos êstes autos de **habeas-corpus** da Comarca de Curaçá n.º 5.800, Impetrante Dr. Alfredo Guimarães — Paciente — Marcelino Moreira do Nascimento:

ACORDAM os Desembargadores componentes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem voto discrepante, conceder a ordem impetrada e mandar expedir alvará de soltura por intermédio da autoridade judiciária regional, salvo se por motivo legal diverso estiver sujeito a prisão.

O Paciente, foi prêso na cidade de Chorrochó, Comarca do mesmo nome, alegando o Impetrante que do seguinte modo:

> Pedro José de Almeida, Sub-delegado de Polícia, de Macururé, distrito do Município de Glória, encontrou Epifânio Tolentino dos Santos vendendo carne verde no açougue local e perguntando-lhe onde havia comprado a referida carne, Epifânio respondeu que a Marcelino Pereira do Nascimento — o Paciente — na fazenda "Rebolão", Município de Chorrochó.
>
> O aludido Sub-delegado exigiu a apresentação do couro animal cuja carne estava exposta à venda e Epifânio declarou que estava com Marcelino — o Paciente, o que levou dita autoridade a concluir que a carne fôra furtada, apreendendo a carne, não prendendo Epifânio, porém fretou um auto-caminhão e foi prender, na fazenda "Rebolão", noutro Município (Chorrochó) o seu velho inimigo Marcelino, fazendo-se acompanhar, não de policiais, mas de outro odiento inimigo de Marcelino, primo dêste, Celestino Pereira do Nascimento e do Ajudante do caminhão, Manoel Borges dos Santos.
>
> Marcelino, ora Paciente, estava em sua casa de residência, entregue aos seus afazeres, quando foi prêso pelo sub-delegado de Glória, sendo então conduzido à sede do Município de Chorrochó onde se fêz lavrar, a 23 de fevereiro do ano em curso, o auto de prisão em flagrante delito.
>
> O Impetrante alega que não houve flagrância de delito, cita jurisprudência a respeito e conclui pedindo a expedição da ordem de **habeas-corpus**.

Requisitadas informações ao Doutor Juiz de Direito, uma vez a autoridade indigitada como coatora fôra o informante, que recebendo o inquérito policial, admitiu como válido o auto de flagrante delito, de sorte que nesse sentido o Juiz de Direito de Curaçá fêz um relato dos fatos e principais peças dos autos.

Há uma passagem das informações aludidas que deve ser assinalada:

"Examinei o processo e entendi que não poderia relaxar a prisão, pois me pareceu que o flagrante se tinha verificado, pois, em poder de Marcelino foram encontradas peles e carnes, produtos de uma infração, e em condições de fazer presumir ter sido êle o autor da infração. Convém salientar que além da pele de ovelha, cuja carne foi apreendida em Macururé, outras peles, inclusive frescas eram um testemunho de que o crime acabava de ser cometido, caso que, no meu entender, está previsto no n.º IV do art. 302 do Código de Processo Penal. A autoridade policial de Macururé não efetuou a prisão na qualidade de autoridade, embora não escondesse esta condição, tanto assim que levou o prêso à autoridade competente: o Delegado de Chorrochó.

Não me parece estranho que qualquer pessoa que desconfie que outra vem praticando furtos procure certificar-se, e encontrando-a em flagrante, efetue a prisão.

Cumpre-me salientar, a bem da verdade, que estranho me pareceu, apenas, a consignação no relatório, que realmente não está assinado, que deixava de ouvir uma testemunha apresentada pelo acusado e bem como sanar faltas que por acaso existissem, por ter sido o inquérito iniciado por um advogado da parte queixosa. Sem dúvida a afirmação é grave e poderia inclusive, tornar nulo o auto de flagrante, cujo têrmo vem logo após a portaria do Delegado, se realmente, provado ficar que o auto de flagrante foi presidido por parte interessada. Entretanto, o relatório não traz assinatura do Delegado que subscreveu todos os demais atos do inquérito. Acresce ainda a circunstancia de que a caligrafia do relatório, ao que parece, não é do Delegado e sim do Escrivão".

Este é, pois, o relatório do feito em julgamento.

Antes de outro qualquer pronunciamento, é de estrannar-se a interferência irregular do Sub-delegado do Município de Chorrochó. A sua atitude não foi, como entendeu o Doutor Juiz informante, abstraindo-se da sua condição de autoridade, mas de como se autoridade competente fôsse e dela estivesse investido. Assim, no âmbito de sua jurisdição, viu o cidadão Epifânio Tolentino dos Santos vendendo carne verde no açougue do Município de Glória, vila de Macururé e logo exigiu o respectivo couro do animal que houvera sido abatido e, como fôsse informado que a carne havia sido comprada a Marcelino Pereira do Nascimento — o Paciente — que morava na fazenda "Rebolão", situada no Município de Chorrochó, que fêz? Contratou um auto-caminhão, invadiu a jurisdição alheia e foi prender o Paciente em Chorrochó. Fê-lo como qualquer particular? Não. Valeu-se da sua autoridade policial, fazendo-se acompanhar de pessoas que o Paciente aponta como seus inimigos.

Posta de lado a circunstância, não se sabe com precisão o crime que praticou o Paciente. A sua prisão parece que foi motivada pelo fato de ter a carne fresca e couros verdes em sua casa. Ou pelo fato de ter vendido carne a Epifânio Tolentino dos Santos. A fls. 18 consta um exame pericial, que de exame e de perícia só têm o nome e a fls. 16 o auto de prisão em flagrante.

O respectivo auto foi transcrito nas informações prestadas pelo Juiz, de cuja leitura se verifica que, na verdade, flagrância de delito não houve, bastando que se observe a seguinte passagem do seu conteúdo:

"Que chegando a casa de Marcelino (o Paciente) êste não estava e Pedro, juntamente a Celestino pediram a pele para olharem, que a velha (mãe do Paciente) disse que deixassem Marcelino chegar. Que dois êles, Pedro e Celestino entraram e de lá dentro tiraram as peles e jogaram para fora".

Os depoimentos do flagrante são dêsse teor, todos êles seguiram as mesmas rotinas, nenhum dêles faz referência ao ato da prática de qualquer crime, sempre tangenciando sôbre o fato criminoso, sem fixar um momento em que o mesmo tivesse sido cometido, nem que acabasse de ser praticado.

Nestas condições, era de se conceder, como se concedeu a ordem impetrada para ordenar-se a soltura do Paciente, por ineficácia do auto de prisão em flagrante.

Tribunal de Justiça da Bahia, em 2.ª Câmara Criminal, 15 de setembro de 1960.

Álvaro Clemente — Presidente e Relator.
Antônio Bensabath
Edgard Simões
Nicolau Calmon de Bittencourt
Fortes do Rêgo — Sub-Procurador.

CO-AUTORIA, CONFIGURAÇÃO. Prova específica, a rigor, em indícios, tornando-se por isso, de difícil demonstração a refletir-se no ato de ser decretada a prisão preventiva. A de que trata o art. 25, do Código Penal, exige a concorrência voluntária a um determinado crime, o nexo ou relação nos procedimentos dos indigitados autores, associação de causas conscientes, uma convergência de atividades entre êles e nisso não se enquadra o ato atribuído ao indigitado co-autor — o ora paciente.

H. C. n. 5.970 — Relator: **DES. VIEIRA LIMA**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de habeas-corpus n. 5.970, da Comarca de Itabuna: impetrantes, Bacharéis Francisco Ney Ferreira e Olival da Silva Ribeiro; paciente, Tarquínio Alves de Souza.

Acordam, em Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por unânimidade de votos, conceder a ordem impetrada, a fim de que seja o paciente pôsto imediatamente em liberdade, sem prejuízo do processo a que o mesmo responda, na referida Comarca, em relação ao homicídio do Padre Sebastião de Oliveira Alves fato ocorrido na localidade de Itororó a 23 de abril próximo passado.

E assim decidem, cassando o despacho de prisão preventiva compulsória decretada contra o paciente, tornando-a, destarte, sem efeito, porque não obstante tratar-se de crime de homicídio, em que a custódia é compulsória,

contudo, esta só é de ser ordenada, em despacho **quantum satis fundamentado**, nos têrmos do art. 312, combinado com o art. 311 **in-fine**, do Cód. de Proc. Penal, dispensando-se apenas os motivos que justificam a medida nas demais hipóteses previstas no art. 313 do citado diploma se, além da prova da existência material do delito, concorrem **indícios suficientes** de autoria, no caso dos autos, constitutivos de prova específica, tornando-se, por isso, de difícil demonstração a refletir-se no ato de ser decretada a medida excepcional, forma "extremada" de coerção.

E cumpre observar que, como "indícios", na hipótese vertente, devem ser tidos aquêles que permitam uma idéia fundada da co-autoria de que trata o art. 25 do Código Penal, sem probabilidade de êrro, não podendo, entre êles, se admitir, específicamente, os que não revelam a intenção de prestar auxílio à ação delituosa; tanto mais quando a característica configuradora, por excelência, do concurso criminoso é a **consciência sceleris**, a intenção de querer contribuir direta ou indiretamente para o evento, pois que, consoante acentua **Francisco de Campos** — na "Exposição de Motivos" ao Cód. Penal, "há na participação criminosa, uma associação de causas conscientes, uma convergência de atividades, que são no seu inscindível conjunto, a causa única do evento.

Com efeito, a co-participação de qualquer modo, no crime, prevista pela legislação penal pátria, exige, e se não resultar demonstrada por provas **diretas**, emergir pode, no entanto, de um conjunto de indícios: suficientes, susceptíveis de justificar a prisão preventiva, **veementes**, o despacho interlocutório e provisional de pronúncia; **concludentes**, e graves, o decreto condenatório.

E não há como desconsiderá-los, consoante recomendação de **Framarino**, porque, na maioria das vêzes, o espírito humano não atinge a verdade senão por via indireta (Lógica das Provas, I, p. 1, cap. III).

Dessarte, pode ter valor probante para os indicados efeitos, segundo a ponderação de **Sabatini**, o argumento que do conhecido vai ao desconhecido, mediante inequívoca relação de causalidade (**Teor. delle prova nel diritto giudiciário penale**, II, p. 172, n. 64).

Entretanto, é de perceber-se e compreender-se que essa **prova indiciária**, específica em casos como o dos autos — de co-autoria criminal, não se pode confundir, pois, com a **simples presunção**, mera **suspeita** ou conjectura quase sempre como adverte **Bento de Faria**, sem o apoio indiscutível da conexão com o fato de que se **procura a prova**.

Ora, no caso **sub-judice**, conquanto não se possa de todo afastar a hipótese da pretensa co-responsabilidade do Cabo Tarquínio Alves de Souza, o ora paciente, por co-participação, anterior ou posterior, nos fatos de que resultou a morte do padre Sebastião de Oliveira Alves, a convicção que resulta dos elementos reunidos, aqui, nestes autos, é, por agora, a que está adjetivada do digno Juiz **a quo** e inerente, também, aos **Juízes que integram esta Câmara Criminal**: — do paciente não ter tomado parte "na premeditação e na execução do crime", em causa.

O decreto da prisão preventiva, entretanto, está calcado em duas únicas circunstâncias que não se acham, ainda, bem esclarecidas: o paciente ter conhecimento do crime, antes e depois da execução; haver, contudo, permanecido em estado de omissão.

Nesse decreto admitiu-se, realmente, a co-autoria em resultado da omissão, vez que o paciente sabia antes e depois, da existência do crime e, no entanto, permanecera omisso, muito embora não tivesse tomado parte na "premeditação" e na "execução", como nisso se enquadrasse o ato daquele que, não concorrendo voluntàriamente a um determinado crime, permanecera por simples presunção, mera suspeita, no estado de omissão, deixando antes e depois, de denunciar os seus autores, como lhe cumpria na qualidade de militar.

São, não há dúvida, suspeitas que podem, é certo, autorizar o procedimento criminal contra o paciente, já iniciado, mas, jamais, a medida violenta e excepcional da prisão preventiva, em caráter compulsório.

Efetivamente, é o próprio acusado Pedro Dantas, havido como o autor intelectual do delito, que, ouvido a respeito, diz, esclarecendo, que acreditava que o cabo Tarquínio de nada soubesse sôbre o crime e conseqüentemente nenhuma participação tivesse no questionado homicídio, chegando mesmo a afastar a participação do paciente na prática delituosa, da qual não tinha conhecimento, quer antes, quer depois de levada a efeito.

E, pois não é de se ter por "indício suficiente" a mera suspeita que emergiu, ao ver do prolator do despacho da prisão preventiva, da deposição prestada, já pela segunda vez, pelo co-autor Walter de Sales Alves; tanto mais quando essa simples conjectura, mera suspeita, não tem o apoio indiscutível da conexão com o fato de que se procura a prova, principalmente, tendo-se em consideração a explicação que a respeito deu o referido paciente, cuja suposta atuação criminosa não tem relação de causalidade frente à cumprida deposição do mandante Pedro Dantas.

Vê-se, portanto, que se uma circunstância ou referência não se reveste de qualquer significação, a outra chega mesmo a afastar, por agora, a participação do paciente no crime.

É inadmissível, portanto, a prisão preventiva compulsória em relação ao paciente, desde que não há, presentemente, prova de indícios suficientes de autoria.

Custas como de lei. Bahia, 6 de julho de 1961.

Vieira Lima — Vice-Presidente e Relator.

Antônio Bensabath.

Edgard Simões.

Nicolau Calmon de Bittencourt.

Fui presente. Domingos Marques Ferreira.

LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO. IMODERAÇÃO. Não se configura a legítima defesa se, embora defendendo-se os acusados de uma agressão inicial, usam de evidente imoderação.

Rec. n. 2.317 — Relator: **DES. NICOLAU CALMON**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Recurso Criminal n. 2.317, de Itiúba, em que são Recorrentes o Dr. Juiz de Direito da Comarca de Queimadas e o Ministério Público e recorridos Manoel Pereira Sobrinho e outros.

Acordam, unânimemente, em Segunda Câmara Criminal, conhecer de ambos os Recursos, dando provimento ao de ofício, prejudicado o voluntário, para pronunciar Manoel Pereira Sobrinho, Albertino Gomes da Mota, Agostinho Nery, Joviniano Pereira dos Santos, Polycarpo Pereira dos Santos e Epifânio Pereira dos Santos, como incursos na sanção penal do art. 121 caput, do Código Penal, pelo homicídio de Aurelino Gonçalves de Brito e art. 121, combinado com o art. 12 n. II do Código Penal, pela tentativa de morte contra Izaias Gonçalves de Brito.

É tranquilo entendimento, que a legítima defesa só pode ser reconhecida liminarmente, quando, do plano, avultam, manifestos, evidentes e incontestes, todos os elementos que a integram, segundo o Código Penal.

Ainda que se aceite a alegação dos recorridos de que Aurelino e Izaias dispararam contra êles, um tiro, cada qual, temos também, de acreditar na versão de que agarraram e desarmaram a ambos.

Basta que se atente, que as vítimas eram apenas um homem de compleição franzina" (fls. 27) e um ancião de 75 anos de idade, para se concluir **beyond all reasonable doubt**, que os seis recorridos não procederam com a moderação exigida em lei.

Os ferimentos constatados **pericialmente** em Aurelino e Izaias Gonsalves de Brito, demonstram, indubitàvelmente, a ferocidade com que agiram.

Se, em verdade, quisessem, apenas, defender-se, como alegam, dispensáveis, seriam, depois de terem desarmado Aurelino e Izaias, como o fizeram, agarrando-os, contendo-os e tomando-lhes e quebrando as suas espingardas, os reiterados, desumanos e cruéis ferimentos que lhes causaram.

A legítima defesa funda-se, exclusivamente, na necessidade. É o princípio que a legislação alemã denomina **Nothwehr**; defesa em caso de necessidade.

> Afirmação reflexa e violenta do instinto de conservação. Passado, porém, o perigo, cessa o direito de repulsa. Todo o mal que, então, se fizer, é sobejo ilícito, injurídico e ilegal.

Justamente para conter aos que, inicialmente, defendendo-se, tendem, por maldade inata, a exceder-se, a nossa lei penal instituiu como elemento integrativo da legítima defesa o "uso moderado dos meios necessários" à repulsa.

Porque à sombra da excusativa, não se pode agasalhar a bárbara explosão dos sentimentos de vingança e de perversa e implacável ferocidade.

Dos autos ressalta, de modo claro e convincente, a vontade inequívoca, dos recorridos, de matar Aureliano e Izaias Gonsalves de Brito.

Objetivamente considerada, a reiteração brutal dos golpes desferidos, revela a fúria assassina que os dominava, emergindo, incontrolada, dos velhos ódios recalcados.

Pouco importa que só dias depois, no Hospital, o velho Aureliano viesse a falecer de "pneumonia de decúbito".

É explícito o laudo de exame cadavérico: Não tivesse o ancião recebido tais e tantos ferimentos, a pneumonia que o vitimou, não se teria instalado em seu idoso organismo.

Direta e indestrutível ligação, de causa a efeito, imputável a todos os recorridos.

Devem, também, responder criminalmente, pela tentativa de morte contra Izaias Gonsalves de Brito, visto como "começaram a matá-lo", homicídio que se não consumou, pela sua fuga medrosa, abandonando o velho pai, caído, ferido e indefeso, circunstância, por certo, imprevisível e alheia à vontade dos recorridos.

Prossiga o Juízo a quo, na forma da lei.

Salvador, em 7 de dezembro de 1961.

Santos Cruz — Presidente.
Nicolau Calmon de Bittencourt — Relator.
Antonio Bensabath
Edgard Simões
Fui presente — Manoel J. Pereira da Silva.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO. Rejeição da preliminar de nulidade, por falta de fundamentação da sentença porquanto a falta de motivação não constitui, pròpriamente, nulidade prevista pela lei processual e, no caso, a decisão está fundamentada, apoiada justamente nos elementos de convicção que serviram ao Promotor para oferecer a denúncia, reafirmando os testemunhos, no sumário, o que declararam no inquérito. Positivado que o réu, armado, esperou a vítima nas imediações da sua casa e o alvejou a tiros, sem êxito, ferindo seu motorista por um dos projéteis, mostra-se o ato criminoso bem planejado e executado, não consumado plenamente por circunstâncias independentes da vontade do agente. "A intenção de matar não é mais, hoje, elemento predominante na tentativa de homicídio, nesta levando-se em conta, principalmente, os atos de execução e a idoneidade do meio empregado e a interrupção causada por circunstâncias independentes da vontade do agente, elementos êstes que bastam para integrar aquêle crime".

Rec. n. 2.301 — Relator: **DES. DAN LOBÃO**

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados êstes autos de Recurso Criminal da Capital n. 2.301 recorrentes simultâneos o Dr. Promotor Público e José Domingos de Oliveira, recorrido o Dr. Juiz de Direito.

Acordam os Juízes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem discrepância de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença por falta de motivação e negar provimento aos recursos, para confirmar a sentença de pronúncia do denunciado apelante José Domingos de Oliveira.

O Dr. Promotor Público denuncia José Domingos de Oliveira, português, com 71 anos de idade, casado, pedreiro, residente nesta Cidade, como incurso nas penas do art. 121, combinado com o art. 12, inciso II, e o art. 129 de referência ao art. 51, todos do Código Penal. Descrevendo a denúncia o ocorrido no dia 2 de agôsto de 1960, assim conclui: "É evidente que o denunciado José Domingos de Oliveira, assim procedendo, praticou atos que constituiram comêço de execução de crime de homicídio contra a pessoa do Dr. Arnaldo Rodrigues da Silveira e que não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, e, contra a pessoa de Manoel Pereira da Silva praticou o crime de lesão corporal (fls. 2 e 3) (sic)".

Realizada a instrução criminal, observadas as prescrições legais, oferece a Promotoria Pública a sua promoção na qual conclui que: — "os autos revelam que felizmente o Dr. Arnaldo Silveira não foi atingido pelos tiros e que a vítima Manoel Pereira da Silva sofreu a lesão de natureza leve devendo, assim, o denunciado ser condenado nas penas do art. 129 do Código Penal e pelo crime de ferimentos na pessoa de Manoel Pereira da Silva (sic)". Depois de apresentadas as razões finais das partes, o Dr. Juiz de Direito prolata a sua sentença na qual — julga procedente a denúncia para pronunciar José Domingos de Oliveira como incurso nas penas do art. 121 combinado com o art. 12, inciso II, e o art. 129, de referência ao art. 51, todos do Código Penal.

A Promotoria Pública e o réu inconformados com a decisão do a quo recorrem simultâneamente.

A defesa do acusado, como preliminar, alega nulidade da sentença por falta de motivação, procurando-se arrimar, tal alegação, no disposto do art. 408 do Código de Processo Penal.

A falta de motivação ou fundamento da sentença não constitui, pròpriamente, uma nulidade prevista pelo estatuto processual penal e, no caso, a sentença de pronúncia tem fundamentação e seus fundamentos se apoiam justamente nos têrmos da denúncia que — ela aponta José Domingos de Oliveira autor dos delitos praticados ou sejam tentativa de homicídio do Dr. Arnaldo da Silveira e de ferimento leve na pessoa de Manoel Pereira da Silva. Na sua promoção opina só pela pronúncia do mesmo denunciado, nos seguintes têrmos: **"Os autos revelam que felizmente o Dr. Arnaldo Silveira não foi atingido pelos tiros e que a vítima Manoel Pereira da Silva sofreu lesão de natureza leve, devendo, assim, o denunciado ser condenado nas penas do art. 129 do Código Penal"**

Não cremos que o ilustrado e zeloso Dr. Promotor Público, autor da referida promoção só considerasse tentativa de homicídio — se o Dr. Arnaldo Silveira fôsse atingido pelos projéteis da arma do denunciado.

Evidentemente, pelas provas constantes dêstes volumosos autos, quer do inquérito policial e quer da instrução criminal, se deduz que José Domingos de Oliveira, inimigo cheio de ódios e com idéias de vingança contra o Dr. Arnaldo Silveira, a quem atribuía insucessos de demandas judiciais, se postou nas imediações da casa de residência de seu inimigo, em hora que sabia ser seu hábito de voltar ao seu lar e quando o carro do Dr. Arnaldo se aproximou, êle logo procurou atingí-lo atirando contra o mesmo e o Dr. Arnaldo Silveira, para não ser atingido, deitou-se no coxim do seu carro e seu chauffeur, conseguindo abrir a porta e se dirigindo para o atirador a fim de impedí-lo de continuar a atirar, recebeu um dos projéteis e o denunciado fugiu para evitar a prisão.

Êsses elementos ou provas serviram à Promotoria Pública para oferecer a sua denúncia, também serviram para o digno Dr. Juiz Gerson Batista Neves decretar a prisão preventiva do demandado. O Dr. Juiz de Direito, prolator da sentença de pronúncia, bebeu na mesma fonte, porquanto a prova testemunhal produzida no sumário de culpa, se constitui de depoimentos iguais, idênticos aos prestados no inquérito policial, limitando-se as testemunhas a repetirem na instrução criminal perante o juíz sumariante, sem o acréscimo de uma vírgula sôbre o que viram e conhecem. Nenhuma assistiu o fato delituoso; ouviram os tiros e correram ao local depois. Só a testemunha Maria de Lourdes Conceição Santana diz que: no dia 2, daquele mês, viu um homem sentado no meio fio do passeio, de calças brancas e camisa branca, com chapéu escuro caído do lado, com a mão num mocó, mas não identificou não sabendo dizer se era velho ou moço, antes do fato dos tiros. O conjunto das demais provas, é que leva todos a firmar seu ente de razão para se pronunciarem sôbre o caso.

O denunciado não era inimigo e não tinha queixa contra o condutor do carro, o sr. Manoel Pereira da Silva, que foi ferido pelos tiros dados pelo denunciado.

Recorrendo às lições dos velhos mestres como do saudoso Esmeraldino Bandeira que assim definia: "Há tentativa, segundo a maioria dos escritores, quando o deliquente cometeu atos de execução para se consumar o crime — mas, não chegou a fazer tudo quanto era necessário para realizar o intento, por circunstâncias fortuitas e independentes da sua vontade". (Lições de Direito Criminal, compilados por Fernando Nery, pág. 98 ed. 1910).

No caso dêstes autos não padece dúvida que os atos de execução para consumar o delito foram positivados, tudo foi bem planejado, mas, não se consumou por circunstâncias fortuitas e independentes da vontade do acusado. Como bem diz Alencar Araripe no acórdão de 15—6—51: — "A intenção de matar não é mais hoje elemento predominante na tentativa de homicídio, nesta levando-se em conta, principalmente, os atos de execução e idoneidade do meio empregado e a interrupção causada por circunstâncias independentes da vontade do agente, elementos êstes que bastam para integrar aquêle crime". (in Revista Forense vol. 156 pág. 398).

O que não se encontra nestes autos é qualquer afirmativa ou mesmo qualquer alusão que houvesse qualquer queixa, ou aborrecimento entre o denunciado e o motorista do carro do

Dr. Arnaldo Silveira, para que aquêle esperasse êste, para lhe ferir à bala como feriu.

Finalmente, uma vez por tôdas seja dito sem receio de contestação: Efetivamente, muito bem se enquadra neste prosesso a figura jurídica do crime de tentativa de homicídio, pelas circunstâncias de que se cercou o fato delituoso. Para que haja tentativa torna-se preciso que o agente tenha **voluntas sceleris**. Sem esta vontade criminosa e o fato externo, elementos de todo crime, não se concebe a tentativa. (Lima Drumond, Direito Criminal pág. 5).

Como sustenta Haus, para que ela exista é necessário que a resolução criminosa seja determinada, que o agente tenha tido a intenção de cometer um homicídio, um roubo, um incêndio. (Bento de Faria — Código Penal, pág. 25). Embora a intenção não seja a rigor exigida como, já citamos a opinião de Alencar Araripe. Todavia, a máxima dificuldade que aparece na caracterização da tentativa e que constitui a tortura dos criminalistas e dos magistrados, é, além dos atos preparatórios e comêço de execução, o verdadeiro intuito do delinquente. (Prins, Science Penale et Droit pág 132 — Chaveau Helie, Th. du Code Penal — vol. 1.º pág. 341, Braz Florentino, Direito Criminal pág. 26 e outros).

Não padece nenhuma dúvida que nestes autos está positivado que o réu armado de arma de fogo esperou a vítima, seu inimigo, na porta de sua casa ou nas imediações da mesma, e, quando esta chegou, no seu carro, procurou o denunciado alvejá-lo, porém, feriu o motorista do mesmo carro. O ato criminoso foi executado, o elemento material integral existe.

Também não se diga, como se procurou dizer por certidões graciosas que o denunciado José Domingos de Oliveira é de bom procedimento, uma vez que nestes autos há certidões que atestam ser o mesmo mau elemento e até existe denúncia contra o mesmo.

Por tôdas essas razões, é que a Colenda Câmara Criminal negou provimento ao recurso para confirmar a sentença de 1.º grau.

Salvador, 5 de outubro de 1961.

Santos Cruz — Presidente.
Dan Lobão — Relator. *
Edgard Simões
Nicolau Calmon de Bittencourt.
Fui presente — Manuel José Pereira da Silva.

---

* Juiz convocado.

ATROPELAMENTO. CULPA NÃO CONFIGURADA. A falta de nomeação de curador a réu menor não acarreta nulidade, se dessa falta não decorreu prejuízo.

Não existindo relação de causalidade, direta ou indireta, entre o acidente e qualquer imprudência ou imperícia do réu, é de absolvê-lo à falta de fundamento para sua responsabilidade, já que não se presume a culpa.

Ap. n 2427 — Relator: **DES. NICOLAU CALMON**

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Criminal n. 2.427, de Vitória da Conquista em que é apelante Etelvino Venâncio Sampaio e Apelada a Justiça Pública

Acordam, unânimemente, em segunda Câmara Criminal, desprezar a preliminar de nulidade argüida, de se não ter nomeado curador ao réu menor, vez que, pelos advogados constituídos, o apelante teve defesa ampla, completa e eficaz.

Esta falta não lhe trouxe prejuízo, porquanto nenhum curador seria mais doutto, dedicado, exaustivo e eficiente.

Está expresso no art. 563 do Código do Processo Penal: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

Acresce que essa nulidade só foi argüida depois da condenação do apelante.

No mérito, acordam, também sem voto divergente, absolver Etelvino Venâncio Sampaio, vez que está provado nos autos, ter sido o acidente causado pela falta de freios da camionete n. 1—29—55—24, M.T. ocasionada pelo imprevisível furo do junço da roda trazeira direita, ocorrência verificada in loco, pela Polícia de Trânsito, conforme consta de sua Parte de fls. 14.

Quem conhece o que seja um junço e o seu papel de compressor, no funcionamento do freio a óleo dos carros modernos, sabe, de logo, o risco que êle corre quando de subito fura.

Que os freios da camionete estavam funcionando normalmente, provam-no as declarações do seu proprietário Agenor Alves de Oliveira, à fls. 7, afirmando que " — ao descer a ladeira chamada Péla Jegue, a camionete deu para falhar o carburador; que o declarante pôs a camionete em ponto morto e desceu no freio até a oficina de Aurino na Praça dos Eucaliptos; prova-o o fato de ter o apelante ido normalmente, dirigindo a camionete até a sua granja, lá parando: — os freios obedecendo, normais, funcionando.

Ao dar a volta, cêrca de cinquenta metros — distância insuficiente para o carro adquirir maior velocidade — ao deparar com os dois pedestres, Etelvino "procurou freiar", "mas os freios não lhe obedeceram" (fls. 25), ocasião, portanto, em que o junço furou.

Não existe, conseqüentemente, relação de causalidade, direta ou indireta, entre o acidente e qualquer imprudência ou imperícia de Etelvino Sampaio.

Seria necessário que o acidente fôsse causado diretamente por comprovada imperícia de Etelvino, para, então, cogitar-se da sua falta de habilitação legal.

Culpa não se presume.

Ou prova-se ou o acusado é absolvido à falta de fundamento para sua responsabilidade criminal.

Salvador, 23 de novembro de 1961.

Adalício Nogueira — Presidente.
Nicolau Calmon de Bittencourt — Relator.
Antônio Bensabath.
Edgard Simões.
Fui presente — Manuel J. Pereira da Silva.

SEDUÇÃO. JUSTIFICÁVEL CONFIANÇA. HIPÓTESE CONFIGURADA

O réu confessou o namôro com a ofendida à época em que esta se disse por êle deflorada.

Os elementos constitutivos do crime em aprêço acham-se exuberantemente provados nos autos: a menoridade da vítima, quando ocorreu o fato e a justificável confiança de que se valeu o réu para conseguir o seu intento.

Ap. n. 2406 — Relator: DES. DAN LOBÃO

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados êstes autos de apelação criminal de Mata de São João n. 2.406, apelante, Teodora Bilau de Souza e apelada a Justiça Pública.

Os juízes, em sua maioria, vão encostando alguns artigos do nosso código processual, vez que, deixando-se de cumprir as suas determinações, prossegue-se o feito ou seu processo. Destarte, acentua-se a desobediência de nossas leis, quando o exemplo de rigorosa observância deve partir do juiz.

O art. 600 do nosso Código de Processo Penal, pouco é observado, quando é uma determinação para se proceder e pelo seu têrmo se regula o prazo das partes apelante e apelada apresentarem as suas razões.

Ary Franco assim se expressa: "A interposição da apelação, efetiva-se, e se por têrmo, pela assinatura, pelo apelante, do respectivo têrmo dentro do referido prazo de cinco dias, têrmo que é imprescindível, quer se trate de sentença de juiz singular, quer no Tribunal do Júri, e assim frisamos, atendendo a que pelo Decreto-Lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938, não havia a exigência do têrmo para os processos do Júri, sendo certo, porém, que assim não tem entendido o Tribunal de Apelação do Distrito Federal. Assinado o têrmo, segue-se a fase das razões de apelação." (Código de Processo Penal, vol. II pág. 271, ed. 1943).

Feita essa observação para que se observe a lei processual, passaremos ao fato da apelação.

O processo de delito de sedução, em sua maioria absoluta nunca tem testemunha de vista, julgando-se sempre sôbre a sua autoria pelas provas circunstanciais que se colhem das provas dos autos.

Temos para o caso o velho acórdão do Colendo Tribunal da Bahia, de 27 de julho de 1934. "Delito de natureza especial, o defloramento, não é possível encontrarem-se sempre testemunhas de vista; mas a **prova circunstancial** demonstra a verdade da acusação, assegurando a freqüência e assiduidade do acusado na casa da ofendida, e namôro que com ela mantinha, a confiança que a ela inspirava e aos seus parentes". (in Revista dos Tribunais da Bahia, vol. 28, pág. 65).

Positivado como está, nestes autos, que a ofendida é uma menor de 15 anos quando teve congresso sexual com o denunciado, resultando o seu defloramento. As declarações do próprio denunciado e das testemunhas levam o julgador a firmar o seu juízo quanto à autoria do crime e os meios empregados para obter a confiança da vítima e seu consentimento.

No caso estudado, é o próprio denunciado Pedro Soares de Menezes Filho quem declara: ter pedido consentimento à progenitora da menor Astrogilda e que frequentava a casa da mesma como seu namorado. E as testemunhas se referem à freqüência do mesmo na casa da ofendida como seu namorado.

Declarando na Polícia que pedira consentimento a mãe da menor para frequentar a casa, o que fazia.

Evidentemente, está em tôdas as provas dos autos a frequência contínua do acusado na casa da dita menor e, conseqüentemente, estava à vista de todos o namôro ou seja o noivado com a menor, com o consentimento de sua genitora. O meio seguro e certo do acusado captar a confiança de ambas, filha e mãe, o seu entendimento positiva a existência de promessa de casamento.

Já Viveiros de Castro assim se expressa no seu velho livro "Os Delitos Contra a Mulher":

"Os meios mais comuns mais usados de sedução é a **promessa de casamento**. O sedutor frequenta a casa da ofendida com assiduidade, cerca-a de atenções, finge-se apaixonado, faz-lhe declarações ardentes e obtido o consentimento da moça pede-lhe em casamento, etc." (obra citada, pág. 63).

Também o conhecido jurista Nelson Hungria assim se pronuncia:

"A sedução é a que se apresenta quando o agente, para impor-se à confiança da vítima, faz crer a esta que o mal será brevemente reparado pelo casamento. Comumente há o noivado oficial ou a formal promessa de matrimônio, seja obtido explícito, resultante de fatos que fazem supor as sérias intenções do agente (**facta concludentia**)". (Cód. Penal, pág. 331, vol. VIII, ed 4ª de 1959).

Outra não tem sido a orientação dos nossos Tribunais de Justiça firmando a sua jurisprudência.

"Basta o namôro com emprêgo de meios tendentes a influir na vontade da mulher, independentemente de promessa de casamento para que se configure o delito de sedução." (in Revista Forense, vol. 138, pág. 263)".

"A captação da confiança da vítima, como início para, logo a seguir, passar ao domínio de sua vontade, ficando ela à mercê do conquistador, na certeza de que tôdas as suas propostas são honestas e trazem o sêlo do compromisso inabalável constitui o traço característico do delito de sedução". (Revista Forense, vol. 187, pág. 346).

Ainda, no caso presente, usou o denunciado Pedro Soares de Menezes Filho a forma muito empregada pelos sedutores: apontar outro autor do desvirginamento de sua vítima; sempre são escolhidos: ex-namorado, parente ou frequentador da casa da ofendida. A escolha do acusado recaiu no próprio irmão de Astrogilda, de nome Daniel, que segundo a certidão de óbito junto aos autos, falecera em 1955, quando a dita menor tinha onze anos de idade. Verdadeiro estupro, segundo a testemunha Almerinda de Santana Souza: Astrogilda era meninota sem formação. Todavia, êsse segrêdo foi guardado pela menor durante vários anos e, só veio revelá-lo, ao acusado, por simples perguntã que lhe fôra feita. Não merece comentários tal declaração do acusado.

A sentença apelada aprecia o procedimento da ofendida, com êsse fundamento: "sôbre o procedimento da ofendida, salienta-se que Astrogilda gostava de andar nas "tôrres de petróleo e dava bola a todo o mundo" (depoimento de fls. 60) sic.

Merece atenção os depoimentos das testemunhas quando se referem ao procedimento da menor Astrogilda.

Maria do Carmo de Jesus, solteira com 18 anos de idade diz: Quanto ao procedimento da ofendida, o pai dela testemunha não gostava que andasse com Astrogilda e sua irmã, porque eram muito faladas e gostavam também de falar dos outros e que a mãe de Astrogilda também não gostava que as suas filhas andassem com ela depoente; que Astrogilda gostava de andar nas tôrres de petróleo, dando bola a todo mundo e gostava de botar defeitos na depoente e na sua prima. (fls. 50 e 50 verso).

Também a testemunha Maria dos Anjos Avelino, com 18 anos de idade assim depõe: Respondendo porque se tornou inimiga de Astrogilda — pelo fato de Astrogilda não queria que ela depoente e sua prima falassem com o acusado e como as visse conversando com o mesmo, disse que elas estavam namorando com o acusado e desde então deixaram de se falar, etc. (fls. 45 v.) Como se observa, vêm para os autos: inimizades, intriguinhas, ciumadas, disse e me disse de mocinhas casadouras para trazer tais futilidades a fim de firmar o conceito do procedimento da ofendida se depravado ou não.

O têrmo de gíria — dar bola a todo mundo — empregado pela testemunha outra coisa não é namorar, etc., jamais se poderá censurar esta ou aquela moça que na idade casamenteira namore, brinque, converse, para se concluir o seu procedimento como depravado. Quanto à primeira testemunha afirma ter bom procedimento a menor ofindida.

Por tôdas as razões e em rigor dentro das provas dos autos.

Acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, dar provimento à apelação para cassar a sentença do juízo de primeiro grau, para considerar o acusado Pedro Soares de Menezes Filho como incurso no art. 217 do Código Penal e condenar a dois anos de reclusão e bem como pagar a taxa penitenciária de Cr$50,00

Salvador, 28 de setembro de 1961.

Santos Cruz — Presidente.
Dan Lobão — Relator. *
Edgard Simões
Nicolau Calmon de Bittencourt
Fui presente. — **Manuel J. Pereira da Silva.**

---

* Juiz convocado.

CONSELHO DE JUSTIÇA

EXECUTIVO CONTRA SOCIEDADE. ILEGITIMIDADE DO SÓCIO. CONVERSÃO DOS EMBARGOS DO EXECUTADO EM EMBARGOS DE TERCEIRO

O sócio que não representa a sociedade é parte ilegítima para defendê-la em executivo fiscal. Recaindo a penhora em bens particulares do sócio, êste poderá defender os seus direitos através de embargos de terceiro.

Recl. n. 1.233 — Relator: DES. SANTOS CRUZ

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de reclamação da capital, n. 1.233, reclamante d. GUIOMAR PONDÉ BARRETO, reclamado o JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA ESTADUAL.

1 — A hipótese é a seguinte: em 1955, intentou a FAZENDA DO ESTADO um executivo fiscal contra a firma "LUIS BARRETO & CIA", em liquidação, para o qual foi citado o liquidante.

Não tendo a executada pago o débito, nem oferecido bens à penhora, ficou o executivo paralisado até que, em junho do corrente ano, requereu a exeqüente "a penhora da importância em dinheiro existente na Fábrica LEITE ALVES, produto de dividendos da referida companhia, de propriedade do sr. LUIS BARRETO FILHO" (fls. 8 e verso).

Deferido o pedido, fêz-se a penhora e citou-se a reclamante "na qualidade de representante legal da executada, para apresentar no processo a defesa que tivesse" (fls. 7).

Assim chamada a juízo, a reclamante opôs embargos à penhora e, na forma do § único do art. 16 do Dec-Lei 960, argüiu a ilegitimidade da sua condição de parte em uma demanda instaurada contra outrem.

O representante da Fazenda, com vista dos autos para impugnar os embargos, pediu a intimação da firma executada, na pessoa do seu representante legal, para embargar a penhora, uma vez que a reclamante não fôra intimada nessa qualidade, mas única e exclusivamente porque a penhora recaira em bem do espólio do seu falecido marido.

O juiz, ao invés de proceder na forma do art. 19 do citado Dec.-Lei 960, atendeu ao requerimento da FAZENDA, isto é, determinou a intimação de representante legal da firma executada — fls. 6.

Criou-se, dessa forma, uma situação anômala no processo: aquêle que foi chamado a juízo argúi a ilegitimidade do chamamento e aguardou fôsse obedecido o disposto no art. 19 do Decreto-Lei 960. Veio, porém, o juiz e deferiu o pedido da FAZENDA, "para que fôsse intimada a firma executada, na pessoa do seu representante legal, o seu liquidante, ou procurador dêste, do auto de penhora, para, se assim desejar, embargá-la".

É contra êsse despacho que se reclama, a fim de que êste Conselho, "corrigindo aquela balbúrdia, instrua o juiz reclamado, no sentido de obedecer êle ao disposto no citado art. 19, já agora, desde que a Fazenda, de modo expresso, e êle próprio juiz, de modo implícito, no despacho impugnado, reconheceram que a reclamante é parte ilegítima no executivo instaurado contra a firma proclame esta ilegitimidade e declare, por via de conseqüência, insubsistente a penhora" (fls. 4 v., item 16).

Em suas informações esclarece o juiz que não determinou, nem a Fazenda o requereu, a citação da reclamante "como representante legal da firma LUIS BARRETO FILHO & CIA. para responder aos têrmos do executivo fiscal" (fls. 18). O que foi pedido e deferido — dí-lo o reclamado — "foi a penhora em bens de um sócio daquela firma, já que esta a ela não nomeou bens, nem lhe foram encontrados".

Êstes os fatos.

2 — Determinando a intimação da firma LUIS BARRETO FILHO & CIA. para embargar penhora, reconheceu o juiz, de modo implícito que a reclamante é parte ilegítima no executivo instaurado contra aquela. Nas informações de fls. 15/21, reitera êsse entendimento, já agora de modo expresso, quando diz: "A sociedade LUIS BARRETO FILHO & CIA., executada, buscará provar que não é devedora à FAZENDA ESTADUAL. E isto só poderá fazer por intermédio do seu representante legal Dr. ARQUIBALDO BALEEIRO. A sociedade, pois, é que é ré no executivo e, conseqüentemente, parte integrante da relação processual que se estabeleceu. O espólio do sócio LUIS BARRETO DE OLIVEIRA FILHO é apenas interveniente, como terceiro embargante, para excluir da ação executiva bens que lhe pertencem e que entende, com fundamento no art. 350 do Código Comercial não responderem por dívida da sociedade, porquanto esta possui bens exeqüíveis" (fls. 2/21).

Diante de tais informações, seria uma superfetação determinar-se que o juiz proceda na forma do art. 19 do Dec-Lei 960, para decretar a ilegitimidade da reclamante, cujo reconhecimento, por si só, não teria como conseqüência o cancelamento da penhora.

Em verdade, a insubsistência da penhora não é uma decorrência da ilegitimidade da reclamante para defender a firma executada, mas, sim, da existência de bens sociais.

Com efeito, sendo distintas as pessoas do sócio e da sociedade, a penhora de bens daquele por dívida desta reputa-se em bens alheios, salvo a hipótese do art. 350 do Código Comercial, matéria que só poderá ser apreciada em embargos de terceiro, na forma do art. 42 do Dec.Lei 960

Sustenta a reclamante, e com acêrto, que não opôs embargos de terceiro porque fôra chamada ao executivo como parte. Já agora, esclarecido como está pelo juiz, nas informações de fls. 15/21, que não determinou a intimação da reclamante, **como parte**, tudo não passando de um equívoco do oficial de justiça, o executivo fiscal poderá ter o seu curso regular, com a defesa a cargo do representante da firma executada.

E como a reclamante não pode responder por equívocos do oficial de justiça, os embargos que apresentou à penhora deverão ser processados e conhecidos como embargos de terceiro, tanto mais quanto ela própria declarou que, complementando a sua defesa, provou em tais embargos que "a sociedade tem bens próprios, sôbre os quais tem direito de preferência a Fazenda exeqüente (fls. 3, item 5° **in fine**).

3 — Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores do Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça da Bahia deferir, em parte, a reclamação, para determinar ao juiz que conheça dos embargos opostos pela reclamante como embargos de terceiro e, assim, os processe (art. 42 do Dec.-Lei 960), vencido o Exmo. Sr. Des. AGENOR VELOSO DANTAS, que deferia **in totum** a reclamação.

Salvador, Bahia, 4 de outubro de 1961.

Agenor Velloso Dantas — Presidente — Vencido.
Santos Cruz — Relator.
Gilberto de Andrade
Fui presente. — **José Martins Catharino.**

CUSTAS — RECURSO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 56 DO CÓD. PROC. CIV.

A subida de recurso não pode ser obstada pela falta de pagamento das custas do processo.

Recl. n. 1.237 — Relator: DES. GILBERTO DE ANDRADE

A C Ó R D A O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Reclamação de Queimadas, n. 1.237, em que é reclamante Alcebiades Góes de Souza e reclamado o Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Acordam os membros do Conselho de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer da reclamação e deferí-la para, nos têrmos do parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça determinar, como determinam, que se a apelação interposta pelo reclamante já foi recebida em ambos os efeitos, como êle próprio afirma, suba a Superior Instância; caso contrário, — conforme se deduz do despacho de fls. 7 — que se a receba para posterior remessa ascendente, independentemente, em qualquer das hipóteses, do pagamento das custas exigidas pelo Juiz reclamado.

Como se colhe dos autos, o reclamante foi acionado na Comarca de Queimadas por Antenor Alves da Silva para pagamento de determinado débito. Não se conformando com a decisão do Juiz que julgou procedente a ação, interpôs, por petição, o recurso de apelação cujo prosseguimento dito magistrado condicionou ao pagamnto de tôdas as custas do processo.

A exigência, porém, improcede. O recurso deve subir independentemente do pagamento de tais custas. Como bem salienta Carvalho Santos, comentando o art. 56, § 2°, do Cód. de Proc. Civil, importando em cerceamento de direito o não seguimento do recurso ou a não execução da sentença, sòmente por texto expresso de lei poder-se-ia admitir que o não pagamento das custas pelo recorrente ou pelo exeqüente, poderia obstar o seguimento do recurso ou a execução da sentença, o que não explica ou condiciona o citado Código.

Salvador, em sessão do Conselho de Justiça da Bahia, no dia 6 de dezembro de 1961.

Agenor V. Dantas — Presidente.
Gilberto de Andrade — Relator.
Santos Cruz
Fui presente: **José Martins Catharino.**

SUSPEIÇÃO. INIMIZADE DO JUIZ COM O PROCURADOR DA PARTE — APLICAÇÃO DA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Embora não se configurando, na sistemática do Cód. Proc. Civil, a suspeição do Juiz por amizade ou inimizade com o procurador da parte, e sim apenas com esta (art. 185, inc. II), já que a Lei de Organização Judiciária acrescenta a alegada suspeição, não tendo ainda sido declaardo inconstitucional o seu art. 158, § 5°, letra b, seria absurdo forçar-se o Juiz, que se declare inimigo do procurador, a julgar feitos em que o mesmo funcione, podendo ser acoimado de parcial em suas decisões.

Rep n 1 — Relator: DES. AGENOR VELOSO DANTAS

A C Ó R D A O

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Representação de Amargosa, n. 1, em que figura como representante, o Solicitador Acadêmico Luiz Antônio Sande de Oliveira e representado, o Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Inicialmente procura o representante em sua petição de fls. 2 usque fl. 5, focalizar o empeçamento de feitos que transitam pelos Cartórios da Comarca, alegando que, enquanto no ano de 1957, o antecessor de atual Juiz presidiu 40 audiências e julgou 128 processos, êste deu apenas 13 audiências cíveis e proferiu 66 sentenças. O representante, como solicitador recentemente chegado na Comarca, já funciona em 28 processos cíveis, dos 177 existentes, tendo o Juiz julgado apenas 9 dêsses processos, constantes de arrolamentos, alvarás e de uma justificação, ao passo que os demais, acham-se paralisados. A mesma situação registra-se no Cartório do Júri e Execuções Criminais, no qual, tem aos seus cuidados 5 feitos.

Possìvelmente dado êsse estado de coisas, foi o representante surpreendido por despa-

chos do juiz dando-se por suspeito em várias causas em que funciona como solicitador, sem que para tanto houvesse qualquer motivo ou incidente. Não havia inimizade pessoal entre êle solicitador e o Juiz e muito menos, inimizade capital para justificar tal atitude.

Não é do conhecimento do representante se o representado teria cumprido o disposto no § 1º, do art. 119 do Código de Processo Civil. Mas, cumprido êsse dispositivo, em face de quaisquer fatos ou incidentes que dessem lugar a inimizade pessoal, quanto mais a inimizade capital, a improcedência dêsses motivos deverá ser declarada no julgamento desta representação. O Dr. Juiz, atendendo ao pedido de informações que lhe foi dirigido, procurou demonstrar a improcedência das alegações do representante, no que diz respeito à sua argüida morosidade no processamento e julgamento dos feitos que correm em seu juízo, a despeito de séria alteração que sofreu em sua saúde e do serviço eleitoral que teve de enfrentar em fase de maior intensidade o que, entretanto, não o impediu de proferir numerosos julgamentos.

Do que se colhe do processo, no que diz respeito à morosidade do Juiz no processo e julgamento dos feitos, improcede a atribuição do representante, pois o representado destruiu vantajosamente o quanto contra êle se alegou, no particular.

No tocante ao outro aspecto da referida representação, procurou o juiz justificar sua atitude, dando-se por suspeito nas causas em que o representante funciona como solicitador, desde que dêle tornou-se inimigo, ante sua atitude de hostilidade contra a sua pessoa, externada em críticas e atitudes outras que o tornaram incompatível com a função de julgar as referidas causas. Considera-se o Juiz inimigo do representante e aí está o motivo declarado de sua suspeição. Note-se porém a circunstância de se tratar aí de alegada inimizade do Juiz com o procurador da parte, quando o Código de Processo Civil, no seu art. 185, inciso II, sòmente autoriza o reconhecimento da suspeição do Juiz, quando a sua amizade íntima ou inimizade capital é com qualquer das partes e não com os seus procuradores, como acrescenta a Lei Judiciária da Bahia no seu art. 158, § 5º, letra b.

Além do mais, não sente qualquer indisposição do Juiz com a parte que lhe pudesse justificar a declaração de suspeição, com base nesse motivo.

Com efeito, para coibir abusos, já as Ordenações procuravam definir o inimigo capital, nos seguintes têrmos: "E declaramos ser inimigo capital do outro, o que com êle algum tempo teve ou tem feito crime ou cível, em que se trate e mova demanda de todos os bens ou a maior parte dêles; ou que houvesse aleijado ou malferido aquêle que fôsse dado por testemunha contra êle ou contra sua mulher, seu filho, neto ou irmão, ou houvesse feito a cada um dêles, algum grande furto, roubo ou injúria, ou houvesse cometido adultério com a mulher de cada um dêles ou a testemunhas houvesse morto ou cometido cada um dos ditos casos contra a parte, ou contra sua mulher, filho, neto ou irmão (Ord. Lin. 3º LVI, § 7 Apud. Casa Santa, Cód. de Proc. Civ. Int., vol. 3º, p. 70).

Outro não é o entendimento do mestre João Monteiro de referência ao averbamento pelas partes, da suspeição do Juiz ou de declaração dêste, como tal. Diz êle: "Convém saber que a causa da suspeição não é mera criação da vontade ou capricho do réu; por outra, não basta parecer ao réu, que o Juiz não oferece suficiente garantia de imparcialidade, para que o possa averbar de suspeito". "Nem tão pouco depende da susceptibilidade, do Juiz, o se declarar êle suspeito. A lei e a doutrina firmaram em quatro, as causas gerais da suspeição, as quais, como diz Ramalho, são como fontes de onde emanam tôdas as espécies, a saber: ódio, amor, temor e cobiça". Refere-se o mestre ao motivo da inimizade capital ou a amizade íntima; e o que seja inimigo capital, tem como definido pela citada Ordenação (vide Programa, vol. 2º § 112, pg. 71.

José da Silva Pacheco, em seu Curso Teórico-Prático de Processo Civil, estudando a questão, no tocante à suspeição reporta-se ao art. 185 do Código de Processo Civil e diz: "Convém salientar que a amizade íntima com advogado do juiz, não obstante tenha êle aconselhado sôbre as providências judiciais a serem tomadas, para o bom êxito da causa, conf. Rev. For., vol. CV, p. 179". A contrário senso, o mesmo deve-se admitir, quanto à inimizade com o procurador da parte.

No caso dos autos, porém, o dr. Juiz, sentindo-se ofendido com o procedimento do representante, pela sua atitude injusta o atacando no seu modo de conduzir os serviços judiciários da Comarca e por motivos outros, não pôde vencer a sua revolta contra êle, constituindo-se assim seu inimigo, ou seja, reconhecendo a situação de incompatibilidade estabelecida entre ambos, situação essa que não podia deixar de perturbar a sua atuação como juiz, nas causas em que o mesmo funcionasse como procurador. Se é verdade que o Código de Processo Civil não admite, como causa de suspeição, a inimizade do juiz, com o procurador da parte, a lei judiciária baiana adota tal motivo de maneira clara e positiva no dispositivo citado, que, não tendo sido até o momento declarado inconstitucional, mesmo porque é duvidoso encontrar-se motivo para tudo, deve ser aplicado aos casos concretos, como o tem sido em várias oportunidades. Por outro lado, seria absurdo, forçar-se o juiz, que se declara inimigo do procurador de uma das partes, por motivo que aponta, julgar feitos em que funcione, podendo ocasionar atribuições de parcialidade em seus julgamentos, quando êstes fôssem contrários aos seus interêsses.

Por tais motivos, considerando improcedente a representação ora em julgamento, todavia recomendam ao Dr. Juiz, maior serenidade em suas atitudes e mais cautela em encontrar motivos que o têm como suspeito, para processar e julgar feitos que corram perante o seu juízo, devendo observar a lição dos mestres, quando conceituam e precisam as causas que ocasionam tal impedimento.

Pelos motivos expostos: Acordam, os Desembargadores do Conselho de Justiça, do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de voto, indeferir a presente representação, com as recomendações ao Dr. Juiz representado, já consignadas na motivação da presente decisão.

Sala do Conselho de Justiça do Tribunal de Justiça da Bahia, em 1º de junho de 1960.

Agenor Dantas — Presidente e Relator.
Santos Cruz.
Álvaro Clemente
Fui presente. — **José Martins Catharino.**

EMENTÁRIO

AÇÃO DE COBRANÇA

DUPLICATAS

+ Ação Ordinária de Cobrança de duplicatas não aceitas. Exigência, na contestação, de prova do pedido de mercadorias feita pelo réu e do seu recebimento. Impugnação de juros e honorários advocatícios. Argumento de que o protesto de uma duplicata não induz a apresentação das demais — Procedência plena da ação, na primeira instância, mantida na segunda.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 17/10/61
Apelação Cível n. 5.983, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

AÇÃO COMINATÓRIA

TESTEMUNHA E LAUDO PERICIAL.
DESOCUPAÇÃO DE PRÉDIO EM RUÍNA.
RECONVENÇÃO E RESSARCIMENTO DE PREJUÍZO.
COMINAÇÃO PECUNIÁRIA.
PERDAS E DANOS.

+ Inútil a informação testemunhal dos leigos ao contrariar assento de ordem técnica que se consubstancia em laudo pericial. Vale, sim, quando leva ao julgador os esclarecimentos de fatos que ficam ligados à ciência técnica dos peritos.

A ruína do prédio locado, na iminência de desabamento, impõe sua desocupação.

Declina de procedência a reconvenção para o ressarcir de prejuízos, em ação cominatória, devido à natureza especial desta. Fica sujeito à cominação pecuniária o inquilino que se recusa a desocupar o imóvel, e a perdas e danos.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 20/9/61
Apelação Cível n. 5.807, da Capital
Relator — Des. Virgilio Melo

AÇÃO DEMARCATÓRIA

CUMULAÇÃO COM A REIVINDICATÓRIA.
APÊLO DENEGADO.

Ação parcial de demarcação cumulada com o pedido de reivindicação. Admissibilidade. Julgamento dêste depois de decidida a fase preliminar da demarcatória. Desprovimento do apêlo.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 26/9/61
Apelação Cível n. 5.823, de Itabuna
Relator — Des. Arivaldo A. de Oliveira

AÇÃO EXECUTIVA

NOTA PROMISSÓRIA.
CAUSA DEBENDI ILÍCITA.

+ Existindo nos autos elementos que autorizam a certeza de ser ilícita a origem do débito representado pela nota promissória exibida, julga-se improcedente a ação executiva.

Acórdão da 3a. Câmara Cível, em 9/8/61
Apelação Cível n. 5.358, de Ituberá
Relator — Des. Wilton de Oliveira e Sousa.

AÇÃO EXECUTIVA CAMBIAL

+ Substabelecimento sem mandato original. Ratificação da contestação e impossibilidade de, na fase de julgamento, dado a seródia apresentação do mandato, ser feita a prova do alegado.

Desprezada a preliminar da nulidade do processo, no mérito negou-se provimento.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 7/11/61
Apelação Cível n. 5.866, de Itabuna
Relator — Des. Julio Virginio.

AÇÃO EXECUTIVA CAMBIAL

CONDENAÇÃO DO AVALISTA EM HONORÁRIOS.

Recurso confinado ao pagamento da verba de honorários do advogado do exeqüente Procedência do pedido.

Acórdam da 3a. Câmara Cível em 20/9/61
Apelação Cível n. 5.889 de Feira de Santana
Relator — Des. Geminiano Conceição (designado)

Relator vencido: Des. Renato Mesquita

— Tenho sustentado, com apoio em julgados superiores, que, apesar da solidariedade cambiária, o avalista não se equipara, para os efeitos do art. 64. do C.P.C., ao emitente.

AÇÃO EXECUTIVA CAMBIAL

PROCEDÊNCIA.

+ Contestação reconhecendo ser o exeqüente credor de importância dependente de prestação de contas. Alegação de vício na obtenção dos títulos, sem qualquer acêrto de contas. Prova plena produzida pelo exeqüente da licitez da causa debendi. Procedência da ação. Improvimento da apelação.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 10/10/61
Apelação Cível n. 5.934, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

AÇÃO EXECUTIVA CAMBIAL

REDUÇÃO DA DÍVIDA.
CONDENAÇÃO EM CUSTAS, HONORÁRIOS E JUROS: CRITÉRIO.

Tendo a sentença, em ação executiva julgada procedente, reduzido do crédito certa importância à vista da prova produzida, a condenação em custas deve ser proporcional, os honorários devidos não devem abranger a importância deduzida e os juros moratórios se contam a partir do protesto.

Acórdam da 1a. Câmara Cível de 4/10/61
Apelação Cível n. 5.907, de Irará
Relator — Des. Arnaldo Alcântara

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

IMPROCEDÊNCIA.

+ Ao sócio de firma comercial que nomeia um "jeep" de sua propriedade à penhora em processo de execução de demanda trabalhista, para ocultar a situação de insolvência da sociedade comercial, não cabe direito à indenização pela paralisação do veículo durante o tempo em que estêve em depósito judicial. Confirmada a sentença que julgou improcedente a ação.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 5/9/61
Apelação Cível n. 5.832, de Itabuna
Relator — Des. Evandro Andrade

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

IMÓVEL AGRÍCOLA. INDENIZAÇÃO.

+ Ação Ordinária de Reivindicação. Venda de imóvel agrícola ocupado parcialmente por benfeitorizante — Defesa fundada em posse vintaneira com o ânimo de dono — Procedência da ação, reconhecido em favor do ocupante o direito à indenização.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 14/11/61
Apelação Cível n. 5.682, de Riachão do Jacuípe
Relator — Des. Claudionor Ramos

AGRAVO NO AUTO DO PROCESSO

INTERPOSIÇÃO POR PETIÇÃO

+ Assinatura do têrmo do recurso após o esgote do prazo legal. Em face do que dispõe o art. 852 do C. P. C. o agravo no auto do processo tanto pode ser oferecido por têrmo, como por petição. E desde que esta tenha sido apresentada no prazo legal, está cumprida a exigência processual, pouco importando que o têrmo respectivo venha a ser assinado depois.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 5/9/61
Apelação Cível n. 5.585, da Capital
Relator — Des. Arivaldo A. de Oliveira
Vencido — Des. Simas Saraiva

AGRAVO DE INSTRUMENTO

CONTAGEM DE PRAZO
CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA.

+ Contagem de prazo para o seu preparo quando com a contraminuta são apresentados documentos novos. Conversão do julgamento em diligência para comprovação de datas não certificadas no instrumento.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 10/10/61
Agravo de Instrumento n. 6.843, de Remanso
Relator — Des. Júlio Virginio

AGRAVO DE INSTRUMENTO

IMPROPRIEDADE.

+ Agravo de instrumento de despacho que manda intimar o inventariante a substituir seu procurador, e falar sôbre contas médicas, não chegando o Juiz a deferi-las. Inidoneidade do recurso.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 17/10/61
Agravo de Instrumento n. 6.886, de Guanambí
Relator — Des. Júlio Virginio

AGRAVO DE INSTRUMENTO

LITISCONSÓRCIO DENEGADO.
IMPROVIMENTO.

+ Ação de despejo — Agravo de instrumento contra despacho saneador que silenciou

quanto à declaração, na contestação, de interêsse do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no pleito, por ser tombado o imóvel objeto da lide — Denegação do litisconsórcio — Improvimento do recurso.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 19/9/61
Agravo de Instrumento n. 6.885, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

AGRAVO DE PETIÇÃO

DESPACHO DE SUSTENTAÇÃO OU REFORMA.
CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

O despacho previsto no art. 845, § 5.º do Código de Processo Civil, é formalidade essencial nos agravos, não podendo, assim, ser dispensado. Não observada essa formalidade converte-se o julgamento em diligência para que seja cumprido o imperativo legal.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 12/12/61
Agravo de Petição n. 6.793, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

AÇÃO POSSESSÓRIA
IMPROCEDÊNCIA.

+ É meio inidôneo para manter a posse de quem fazendo justiça de mão própria, haja demarcado, pessoal e unilateralmente, a sua propriedade, mesmo que as cêrcas levantadas com esse intutito tenham seguido, rigorosamente, os rumos indicados no seu título de domínio, tanto mais se fôr recente, de menos de ano e dia, a posse cuja garantia se reclama.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 16/8/61
Apelação Cível n. 4.615, de Nova Soure
Relator — Des. A. Mirabeau Cotias

ALÇADA

MATÉRIA CRIMINAL.
INAPLICABILIDADE AOS PRETORES DAS VARAS CRIMINAIS DO ART. 47 DA LEI DE EMERGÊNCIA

A definição da alçada dos Pretores em matéria criminal continua a reger-se pelo art. 66, n. I, letra d, da Lei n. 175 de 1949, harmônico com o art. 124, IX, da Constituição Federal; o citado dispositivo não foi pela Lei n. 1.076, cujo art. 47 não se reporta aos Pretores das Varas Criminais. Continua pois a ser da competência do Juiz de Direito o julgamento de processos criminais cuja penalidade exceda a dois anos de privação da liberdade.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 18/9/61
Conflito de Jurisdição n. 288 da Capital
Relator — Des. Dan Lobão

ALIMENTOS

CASAMENTO ANULADO POR BIGAMIA.
CONDENAÇÃO DO PAI EM CASAMENTOS.

VIDE — ANULAÇÃO DE CASAMENTO
BIGAMIA — CONFISSÃO, etc.

Apelação Cível n. 5.956, da Capital

ANULAÇÃO DE CASAMENTO

RECONVENÇÃO EM DESQUITE.
IMPROCEDÊNCIA.

VIDE — DESQUITE LITIGIOSO
INJÚRIA GRAVE E ADULTÉRIO NÃO COMPROVADOS, Etc.

Apelação Cível n. 5.597, de Ilhéus

ALTERAÇÃO DE NOME

PRENOME.
ALTERAÇÃO EM DESQUITE AMIGAVEL.
INADMISSIBILIDADE.

Exclui-se do acôrdo homologado em desquite amigável a cláusula em que se admite, sem amparo na lei, a mudança do nome da desquitanda consistente na supressão de seu prenome.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 27/9/61
Apelação Cível n. 5.912, da Capital
Relator — Des. Adolfo Leitão Guerra.

ANULAÇÃO DE CASAMENTO

BIGAMIA — CONFISSÃO — FILIAÇÃO LEGÍTIMA — ALIMENTOS.

+ No feito de anulação de casamento, confessa, em os têrmos do art. 209 do C.P.C., a acusação de bigamia o réu que, apesar de citado, deixa o processo correr na mais completa revelia, asseverando as provas dos autos os ítens da causação.

É legítimo o filho, cujo pai, bígamo o levou ao registro de nascimento na constância do casamento.

Indubitável o direito da mulher, em decorrência do casamento anulado, obter a restituição do estado de solteira e alimentos civis para o filho.

Desacerta o Juiz ao indeferir alimentos ao filho sob a consideração do pai não estar em condições de fornecê-los, sem o réu negar a impossibilidade para tanto.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 8/11/61
Apelação Cível n. 5.956, da Capital
Relator — Des. Virgilio Melo

APELAÇÃO

PRAZO. CONTAGEM.

O prazo para recorrer se conta da leitura da sentença, (art. 812) porque esta foi lida com ciência anterior das partes.

Entretanto, não se pode concluir que o dia inicial se acha vencido no momento da leitura porque o apelante não teria a seu favor 15 dias e sim 14. O art. 812, na boa interpretação, quer dizer que o prazo começa então a correr.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 5/9/61
Apelação Cível n. 5.775, da Capital
Relator — Des. Simas Saraiva

APELAÇÃO CÍVEL

DECISÃO DECRETATÓRIA DE PRESCRIÇÃO. CABIMENTO.

+ Sendo a decisão que decreta a prescrição preliminar de mérito, dela cabe apelação, e como tal se conhece do agravo interposto.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 30/8/61
Agravo de Petição de Remanso n. 6873
Relator — Des. Arnaldo Alcntara

APELAÇÃO CÍVEL

RECURSO IMPRÓPRIO E INTEMPESTIVO.
NÃO CONHECIMENTO.

Dos despachos que concedem medida preventiva é recurso próprio o agravo no auto do processo.

Só se conhece do recurso interposto em lugar de outro — de boa fé e por êrro escusável — quando interposto dentro do prazo para o recurso cabível.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 25/10/61
Apelação Cível n. 5.922, da Capital
Relator — Des. Arnaldo de A. Alcântara

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

CONCESSÃO.

Benefício da assistência judiciária. Exata interpretação do § único do artigo 2.º, da Lei 1.060 de 5/2/1950. Reforma da decisão agravada.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 26/9/61
Agravo de Instrumento n. 6.901, da Capital.

Relator — Des. Evandro Andrade.

CARÊNCIA DE AÇÃO

RECURSO CABÍVEL

HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA

Do despacho saneador que julga o autor carecedor de ação cabe apelação. Entretanto, sendo vacilante a jurisprudência no particular, conhece-se do agravo de petição interposto, por motivo de economia processual.

Só se decreta a carência do direito de ação quando evidente que o autor não é titular do direito que invoca, jamais quando existe controvérsia de ordem jurídica a respeito.

Apresentando-se ambas as partes com escritura de compra e venda do mesmo imóvel no curso de uma imissão de posse, a absolvição de instância decretada sob o fundamento de ilegitimidade ad causam do autor constitui prejulgamento de nulidade de uma das escrituras, inadmissível em uma imissão de posse. Conhece-se do agravo para que prossiga a ação até final.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 23/8/61
Agravo de Petição n. 6883, de Itambé
Relator — Des. Adolfo Leitão Guerra

Vencido — Des. Arnaldo Alcântara — Entendi ser carecedor o autor da ação de imissão de posse, pois ao adquirente de bens em poder de terceiro só cabe imissão de posse quando seu jus possidendi foi incontroverso e pacífico.

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

PROCEDÊNCIA.

+ Ação de Consignação em Pagamento — Aumento de lançamento para cobrança de impôsto predial — Descumprimento do dispositivo legal determinativo da comunicação ao contribuinte pela imprensa oficial ou mediante notificação — Procedência da ação.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 19/9/61
Apelação Cível n. 5.920, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

RENOVAÇÃO DE CITAÇÕES NULAS.

+ Necessidade da citação válida de todos os interessados, para virem a Juízo receber o objeto da consignação, trazendo os esclarecimentos devidos e defendendo os seus direitos.

Acórdão da 3a. Câmara Cível de 18/10/61
Apelação Cível n. 5.880, da Capital
Relator — Des. Geminiano Conceição

CONTRATO

INADIMPLEMENTO.
MORA. CONSIGNAÇAO EM PAGAMENTO IMPROCEDENTE.

+ A ação de consignação de pagamento, **aforada posteriormente, à de recisão de contrato**, por inadimplemento de cláusula, não elide a mora do devedor.

Acórdão da 3a. Câmara Cível em 27/9/61
Apelação Cível n. 5.641, da Capital
Relator — Des. Adhemar Raimundo

DESPACHO SANEADOR

PRECLUSÃO.

+ **Saneador irrecorrido.** Matéria nêle ventilada não pode mais ser renovada.
Retomada para uso próprio, Sinceridade do pedido. Presumibilidade legal.

Acórdão da 2a. Câmara Cível de 3/10/61
Apelação Cível n. 4.894, da Capital
Relator — Des. Arivaldo A. de Oliveira

DESPEJO

CONSIGNAÇAO DE ALUGUÉIS
LEVANTAMENTO.

Denega-se o agravo de petição interposto da decisão que autorizou o réu de ação de despejo por falta de pagamento de alugueres, a levantar o depósito efetuado espontâneamente, **ad cautelam**, sem o caráter de purgação de mora já que não incluiu custas e honorários de advogado e que o réu contestou a ação.

Acórdão da 1a. Câmara Cível de 11/10/61
Agravo de Petição n. 6.903, da Capital
Relator — Des. Adolfo Leitão Guerra

DESPEJO

FALTA DE PAGAMENTO
PROCEDÊNCIA.

+ Despejo por falta de pagamento. Alegação não comprovada da consignação judicial dos aluguéis atrasados. Procedência da ação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível em 14/11/61
Apelação Cível n.º 5815 da Capital
Relator — Des. Arivaldo A. de Oliveira

DESPEJO

LEGITIMIDADE DE PARTE DO HERDEIRO ANTES DE JULGADA A PARTILHA.

+ Ação de despejo proposta antes do julgamento da partilha por fôrça da qual o autor tem declarado o seu direito dominial, que data da abertura da sucessão. A titularidade do direito de ação é inconteste.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 27/9/61
Apelação Cível n.º 5.610, da Capital
Relator — Des. Adhemar Raimundo

DESPEJO

RELAÇAO EX-LOCATO NEGADA.

+ Ação de Despejo — Relação **ex-locato** negada — Discussão da qualidade de proprietário, no feito — Inclusão do imóvel questionado na relação de bens em inventário de terceiro, anteriormente à propositura da demanda, no qual o ocupante exerce as funções de inventariante — Impropriedade da ação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 19/9/61
Apelação Cível n.º 5.906, de Jequié
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE AMIGÁVEL

CONVERSAO EM DILIGÊNCIA.

+ Transferência dos bens aos filhos, negócio jurídico misto com doação. Conversão do julgamento em diligência, para conveniente descrição e avaliação dos bens constitutivos do patrimônio dos desquitandos.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 10/10/61
Apelação Cível n.º 5.940, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE

CONVERSAO DO LITIGIOSO EM AMIGÁVEL. GUARDA E PROTEÇAO DE FILHO MENOR.

+ Desquite litigioso convertido em amigável, na fase de instrução. Mandando o Juiz que o escrivão faça juntada do requerimento e designe dia para a audiência de reconciliação, ao invés de ouvir logo os desquitandos, comete simples irregularidade. Era essencial tentasse demovê-los e lhes concedesse prazo para meditação, ouvindo-os, empós, pela segunda vez, antes da ratificação. Isto feito, anular-se o processo, seria desatender aos preceitos normativos da economia processual. Contudo, comprovada a existência de filho menor, em contradita a expressa declaração no acôrdo dissolutivo, converte-se o julgamento em diligência, para que firmem ajuste quanto à sua guarda e proteção

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 14/11/61
Apelação Cível n.º 6.044, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE

CONVERSAO DO LITIGIOSO EM AMIGÁVEL

+ Desquite judicial transformado em consensual. Inobservância de formalidade legal. Anulação **ab initio.**

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 26/9/61
Apelação Cível n.º 5.788, de Queimadas
Relator — Des. Arivaldo A. de Oliveira

DESQUITE

CONVERSÃO DO LITIGIOSO EM AMIGÁVEL.
PAGAMENTO DO IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO.

Desquite litigioso convertido em amigável. Confirmação da sentença homologatória do acôrdo, com recomendação do pagamento do impôsto de transmissão, cabível antes da averbação da sentença.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 28/11/61
Apelação Cível de Esplanada n.º 5844
Relator — Des. Geminiano Conceição

DESQUITE

CONVERSÃO DO LITIGIOSO EM AMIGÁVEL. PROCEDIMENTO.

+ É regular o processamento do consensual nos mesmos autos do litigioso, não obstante inexista litispendência. Formulado o pedido de conversão, em qualquer fase do litígio, devem ser rigorosamente satisfeitas as disposições atinentes ao desquite por mútuo consentimento. A falta de audiência dos cônjuges e a inobservância do prazo de reflexão geram a nulidade do feito, porquanto não há conexão entre os dois processos.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 22/8/61
Apelação Cível n.º 5.657, de Canavieiras
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE AMIGÁVEL

CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA
FIXAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS FILHOS DO CASAL.

+ Desquite por mútuo consentimento. Imprescindibilidade do destaque das verbas destinadas à criação e educação de filho menor e à pensão alimentícia da mulher. Conversão do julgamento em diligência.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 22/11/61
Apelação Cível n.º 6028 da Capital
Relator — Des. Geminiano Conceição

DESQUITE AMIGÁVEL

DESCRIÇÃO DOS BENS PARTILHADOS. AVALIAÇÃO.

+ Diligência cumprida: completada a descrição dos bens partilhados e respectiva avaliação. Improvimento do recurso oficial.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 6/9/61
Apelação Cível n.º 5 618, da Capital
Relator — Des. Renato Mesquita

DESQUITE AMIGÁVEL

FALTA DE PUBLICAÇÃO DE SENTENÇA. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA.

+ Desquite amigável. A publicação da sentença é um dos atos processuais da maior importância e, assim sendo pode-se dizer, que não há sentença senão depois de ser devidamente publicada. Embora cumpridas formalidades essenciais, converte-se o julgamento em diligência, a fim de ser publicada a sentença, da qual serão as partes intimadas, pois, a publicidade é condição absoluta de sua própria existência

Acórdão da 2.ª Câmara Cível, em 21/11/61
Apelação Cível n.º 6.069, de Innambupe
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE AMIGÁVEL

GUARDA DOS FILHOS MENORES ENTREGUE AO ARBÍTRIO DÊSTES. NULIDADE AB INITIO.

+ A escritura de contrato antenupcial deve acompanhar a inicial. A omissão constitui irregularidade sanável. Ao firmarem a dissolução da sociedade conjugal, incumbe aos cônjuges deliberarem sôbre a guarda dos filhos. Não podem transferir aos filhos a responsabilidade de escolherem, entre o pai e a mãe, ao próprio alvedrio, aquele sob cuja guarda ficarão. Sendo incapazes para atos de importância menor, não se lhes pode conferir capacidade para manifestação de vontade em assunto de magna relevância como êsse. Nulidade do feito, sob êsse fundamento. Transmissão de bem aos filhos, no acôrdo, gravada de incomunicabilidade e impenhorabilidade. Negócio jurídico misto, é indispensável escritura pública. A convenção que estabelece passe aos irmãos sobreviventes a quota do que falecer, no condomínio, envolve substituição fideicomissária.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível, em 29/8/61
Apelação Cível n.º 5615, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE AMIGÁVEL

INTIMAÇÃO DA SENTENÇA — DECURSO DO PRAZO DE RECURSO VOLUNTÁRIO. DESNECESSIDADE

+ Acha-se de modo reiterado no decidir das Câmaras Cíveis que, consoante o sistema da Lei Processual, torna-se prescindível a intimação de sentenças proferidas em processos, onde não existe conflito de interêsses ou o sistema contraditório. Bem assim se tem julgado não depender do recurso de 15 dias (prazo em que é facultado o recurso voluntário) a remessa dos autos à Secretaria do Tribunal.

Recomenda-se ao Dr. Juiz do 1.º grau providenciar no sentido das custas se ajustarem ao respectivo Regimento a fim de restituir-se aos apelados a importância paga além do devido.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 6/9/61
Apelação Cível n.º 5.980, de Santo Amaro
Relator — Des. Virgílio Melo

DESQUITE AMIGÁVEL

PENSÃO ALIMENTÍCIA À MULHER CARÁTER RENUNCIÁVEL.

+ Se a mulher, em desquite amigável, manifesta expressamente a renúncia a qualquer

pensão alimentícia devida pelo marido, fica manifestada cabal e vàlidamente a sua intenção, uma vez que não se trata de alimentos por vínculo de parentesco. É escusada, portanto, a dependência à prova da existência de recursos próprios da renunciante.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 18/10/61

Apelação Cível n.º 5960, da Capital

Relator — Des. Geminiano Conceição

DESQUITE AMIGÁVEL

PENSÃO ALIMENTÍCIA AOS FILHOS MENORES.
HOMOLOGAÇÃO.

Confirma-se sentença homologatória de desquite por mútuo consentimento; esclarece-se, contudo, de referência à pensão alimentícia destinada aos menores, que o seu reajustamento só judicialmente poderá ser efetuado, desde que se comprove mudança na situação econômica dos desquitandos.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 6/12/61
Apelação Cível de Itabuna n.º 6021
Relator — Des. J. M. Viana de Castro

DESQUITE AMIGÁVEL

RENÚNCIA AO PÁTRIO PODER.
INADMISSIBILIDADE.

+ Declaração de renúncia, pelo pai, ao pátrio poder sôbre nascituro, filho do casal, salvo os irrenunciáveis. Os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder são irrenunciáveis, eliminando-se do acôrdo a cláusula contrária ao direito pátrio, de conteúdo contraditório. A homologação do desquite é declaratória e não atributiva de propriedade. — Ajustado que a meação da espôsa será composta em dinheiro, ficando o marido com o patrimônio todo, ocorre alienação que obriga ao pagamento do impôsto de transmissão. Homologação, para que o interêsse fiscal seja atendido na instância inferior, antes da averbação da sentença no registro de imóveis.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 3/10/61
Apelação Cível n.º 5.842, de Jacobina.
Relator — Des. Claudionor Ramos

DESQUITE LITIGIOSO

CULPA RECÍPROCA. RECONVENÇÃO.

+ Fundamentada a ação nos incisos I e IV art. 317, do Cód. Civil e a reconvenção no n.º III daquele mesmo dispositivo legal, comprovados que sejam o adultério e a sevícia ou injúria grave, forçoso é reconhecer a culpa recíproca dos desquitandos, divididas as custas por ambos e excluída a verba de honorários de advogado.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 27/9/61
Apelação Cível n.º 5.817, da Capital
Relator — Des. J. M. Viana de Castro

DESQUITE LITIGIOSO

INJÚRIA GRAVE E ADULTÉRIO NÃO COMPROVADOS. RECONVENÇÃO: ANULAÇÃO DE CASAMENTO. AÇÃO E RECONVENÇÃO IMPROCEDENTES.

Não provados suficientemente o adultério e a injúria grave alegados pelo autor, improcede o desquite.

A falta de idade legal para contrair matrimônio e a realização dêste sob coação não autorizam a anulação de casamento pedida em reconvenção, se efetuado o matrimônio em obediência ao art. 214 do Cód. Civil e não provada a existência da alegada coação.

A alegação de adultério contra a espôsa, embora não comprovada satisfatòriamente, não constitui injúria grave para decretação do desquite se o procedimento da reconvinte dá margem a suspeitas.

Improcedem a ação e a reconvenção, confirmando-se a sentença.

Voto vencido — Des. Geminiano Conceição:

Dava provimento em parte à apelação da ré para decretar o desquite com base no art. 317, inciso III, do Cód. Civil, considerando injúria grave a acusação infundada de adultério.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 2/8/61
Apelação Cível n.º 5.597, de Ilhéus
Relator — Des. Wilton Oliveira e Sousa
Vencido — Des. Geminiano Conceição

DESQUITE LITIGIOSO

RECONVENÇÃO BASEADA EM ADULTÉRIO NÃO PROVADO.

INJÚRIA GRAVE CONFIGURADA.

+ A reconvenção com base em alegação de prática de adultério da mulher, não comprovada no curso da instrução, constitui injúria grave àquela, bastante para a decretação do desquite por ela requerido.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 23/8/61
Apelação Cível n.º 5.771, de Mata de São João.
Relator — Des. A. Mirabeau Cotias

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

MATÉRIA NÃO VENTILADA NA APELAÇÃO.

Embargos de declaração com o objetivo de se obter da turma da apelação maior amplitude no provimento parcial dado ao recurso, incluindo-se a dilatação do prazo fixado na sentença para a execução do despejo. Êste ponto não foi especificado no recurso dêle não tendo, por isto, cogitado, a turma no seu julgamento. Imodificabilidade da decisão proferida. Rejeição dos embargos.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 4/10/61
Apelação Cível da Capital n.º 5238.
Relator — Des. Renato Mesquita (designado)

EMBARGO DE OBRA NOVA

PERDA DE OBJETO

+ Construção de segundo andar, "deixando uma espécie de terraço, com meia parede gradeada, dando para o telhado da casa vizinha". Desrespeito à proibição legal de fazer-se construção dessa espécie a menos de metro e meio do prédio confinante. Levantamento da parede até nível que torne impossível a visão direta ou oblíqua, com destruição da grade, depois de ajuizada a petição inicial, devidamente autuada, porém, antes que o juiz a despachasse, por estar em gôzo de licença, e, portanto, de ser efetuado o embargo. Ação julgada improcedente, sob êsse fundamento, havendo os réus "**oportuno tempore**" feito desaparecer a razão do possível prejuízo que da obra resultaria para o prédio vizinho. Improvimento da apelação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 3/10/61
Apelação Cível n.º 5.690, de Itapicurú
Relator — Des. Claudionor Ramos

EMBARGOS DE TERCEIRO

IMPROCEDÊNCIA.

+ Agravo de instrumento de despacho que julgou procedente embargos de terceiros senhor e possuidor. Idoneidade da escritura pública nos contratos translativos de direitos reais sôbre imóveis. Sua fôrça probante ante os documentos.

Acórd.o da 2.ª Câmara Cível de 17/10/61
Agravo de Instrumento n.º 6.908, de Itabuna
Relator — Des. Júlio Virgínio

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

+ Promessa de venda de bem imóvel não comprovada pelo desaparecimento do recibo comprobatório da transação atribuindo cada qual dos litigantes a responsabilidade dêsse desvio ao outro. Prova de recebimento pelo réu da quantia de Cr$1.900.000,00 em títulos de crédito entregues pelo autor. Ação julgada procedente. Sentença confirmada.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 17/10/61
Apelação Cível n.º 5.669, da Capital
Relator — Des. Evandro Andrade (Pres. ad-hoc).

EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA

+ Pode ser argüida, até mesmo fora do tríduo, pelo representante do Ministério Público, nos feitos em que intervém por fôrça de suas atribuições legais.

Ao Promotor Público é vedado aceitar designação para defender, em Juízo, interêsse da Prefeitura, quando, em razão do seu cargo, deva oficiar na causa.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 27/9/61
Agravo de Petição n.º 6.898, de Remanso
Relator — Des. Viana de Castro

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

AMIZADE ÍNTIMA DO JUIZ COM UMA DAS PARTES.
IMPROCEDÊNCIA.

+ Parcialidade do Juiz, decorrente de amizade íntima com uma das partes. Rejeição, por falta de prova do alegado, positivando o Juiz, documentalmente, sua correção funcional.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 5/9/61
Exceção de Suspeição n.º 41, de Alagoinhas
Relator — Des. Claudionor Ramos

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

COMPETÊNCIA — IMPROCEDÊCIA.

I — Competência cabe às Câmaras Cíveis Isoladas para conhecer de exceção de suspeição alegada contra Juiz.

II — Improcede a exceção alegada por particular interêsse do Juiz na causa, não ficando provado resultar do desfêcho desta qualquer proveito moral ou material para o Juiz ou pessoa que viva às suas expensas.

Voto vencido — Des. Leitão Guerra:

Entendia competir exclusivamente ao Tribunal Pleno o julgamento das exceções de suspeição, de acôrdo com reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 27/9/61
Exceção de Suspeição n.º 40, de Prado
Relator — Des. Viana de Castro.
Vencido — Des. Leitão Guerra

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

IMPROCEDÊNCIA.

+ Exceção de suspeição argüida em execução de sentença. Suspeição de juiz de direito por haver funcionado na turma julgadora da apelação, sendo voto vencido, Desembargador seu parente afim em segundo grau. Sentença confirmada em apelação e embargos. Nenhum interêsse na causa de parte do juiz, que assumiu exercício na comarca já estando a lide em fase executiva. Inexistência de impedimento na execução de julgado do órgão colegiado. Matéria de direito estrito, as hipóteses de suspeição devem ajustar-se ao texto legal. Exceção não fundamentada. Improcedência.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 10/10/61
Exceção de Suspeição n.º 50, de Brejões
Relator — Des. Claudionor Ramos

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

INIMIZADE. CONCEITUAÇÃO

I — Compete às Câmaras Isoladas decidir sôbre a suspeição de juízes.

II — Não procede a argüição de suspeição do juiz por motivo de inimizade com uma das partes, baseada em ter o mesmo decretado a prisão de descendente desta.

A inimizade, como motivo de suspeição, deve ser capital. Mesmo que a parte seja inimiga do Juiz, só se configura a suspeição se êste fôr inimigo da parte.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 30/8/61
Exceção de Suspeição n.º 47, de Jacobina
Relator — Des. Arnaldo Alcântara
Vencido — Des. Adolfo Leitão Guerra

EXECUÇÃO DE SENTENÇA

AÇÃO DE DANO. NECESSIDADE DE NÔVO CÁLCULO PARA OS FINS DO ART. 912 DO C.P.C.

+ Execução de sentença em ação de dano. Necessidade de citação do réu para esta fase do processo. Invalidade do cálculo procedido antes dessa providência. Provimento da apelação, em parte, para o fim tão só de se determinar a elaboração de novo cálculo, na conformidade do disposto no art. 912 do C.P.C. pela sentença exeqüenda.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 20/9/61
Apelação Cível n.º 5.871, da Capital
Relator — Des. Renato Mesquita

EXECUTIVO FISCAL

+ Auto de infração pendente de processo administrativo. Procedimento nulo **ab-initio**. Sentença reformada.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 19/9/61
Agravo de Petição n.º 6.856, de Itabuna
Relator — Des. Evandro Andrade

EXECUTIVO FISCAL

INFRAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE POSTURAS.

+ Nulidade do processo, a partir do saneador, não intimado ao executado, cujos embargos foram considerados extemporâneos, além da falta de audiência de instrução e julgamento.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 17/10/61
Agravo de Petição n.º 6.921, de Remanso
Relator — Des. Claudionor Ramos

FILIAÇÃO

LEGITIMIDADE DO FILHO DE PAI BÍGAMO.

VIDE — ANULAÇÃO DE CASAMENTO.

BIGAMIA — CONFISSÕES, ETC.

Apelação Cível n.º 5.956, da Capital

FUNCIONÁRIO

SUBORDINAÇÃO AO REGIME ESTATUTÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO SILÊNCIO DA LEI.

Os direitos e deveres dos funcionários só se desdobram e se explicam dentro das normas estatutárias.

A interpretação analógica não pode ir além dos limites do próprio estatuto invocado.

O silêncio da lei estatutária não pode ser interpretado extensivamente. Só pode ser aceito aquilo que ela especificar de modo claro, na sua apresentação positiva.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 3/10/61
Apelação Cível n.º 5.579, da Capital
Relator — Simas Saraiva

IDENTIDADE PROCESSUAL

VINCULAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

O Juiz que lavra o despacho saneador e despacha algumas petições mas não preside à audiência de instrução não fica vinculado ao processo.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 29/9/61
Conflito de Jurisdição n.º 295, de Ubaitaba
Relator — Simas Saraiva

IMPEDIMENTO

DO PROMOTOR PÚBLICO PARA ADVOGAR EM DEFESA DA PREFEITURA QUANDO OFICIE NA CAUSA EX VI LEGIS.

VIDE — **EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA**

Agravo de Petição n.º 6.898, de Remanso

IMPÔSTO DE DIVERSÕES PÚBLICAS

CINEMAS.

Embora constituindo o cinema uma espécie do gênero diversões públicas, se o Código Tributário vigente já prevê um impôsto especial sôbre o preço dos seus ingressos, não é justo que sôbre as sessões cinematográficas também incida a taxação atribuída genèricamente às diversões públicas.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 25/10/61
Agravo de Petição n.º 6.915, da Capital
Relator — Des. Viana de Castro

IMPROPRIEDADE DE AÇÃO

CONVERSÃO DE REINTEGRATÓRIA EM REIVINDICATÓRIA. INADMISSIBILIDADE.

O art. 375 do Cód. Proc. Civil só se aplica entre as possessórias enumeradas no art. 371.

Merece reforma a sentença que, inexistindo os requisitos de qualquer das ações possessórias enumeradas no art. 371, converte em reivindicatória a reintegração de posse intentada.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 30/8/61
Apelação Cível n.º 5.785, de Chique-Chique
Relator — Des. Arnaldo Alcântara

INCOMPETÊNCIA

RATIONE LOCI. OPORTUNIDADE DA ALEGAÇÃO.

A incompetência **ratione loci** rejeitada pelo despacho saneador de que não houve recurso não pode ser apreciada em segunda instância.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 4/10/61
Apelação Cível n.º 5.802, da Capital
Relator — Des. Adhemar Raimundo

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

PROCEDÊNCIA.

+ Ação de investigação de paternidade. Comprovados, por documentos e testemunhas, os pressupostos que a lei exige ao reconhecimento judicial da paternidade ilegítima, não há como deixar-se de ter por procedente a pretensão da investigante, para todos os fins e efeitos de direito.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 7/11/61
Apelação Cível n.º 5.857, de Riachão de Jacuipe
Relator — Des. Simas Saraiva (Pres.)

ISENÇÃO FISCAL

COOPERATIVA QUE EXERCE ATOS DE COMÉRCIO. INCIDÊNCIA DO IMPÔSTO.

A prática de atos de comércio com estranhos sujeita a cooperativa ao impôsto de vendas e consignações, não prevalecendo nesse caso a isenção fiscal concedida a tais entidades.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 25/10/61
Agravo de Petição n.º 6.895, da Capital
Relator — Des. Arnaldo Alcântara

JUSTIÇA GRATUITA

CASSAÇÃO — QUANDO OCORRE.

O despacho concessivo de assistência judiciária gratuita só se revoga quando ficar provadamente apurado inexistir ou desaparecer qualquer dos requisitos necessários à sua concessão.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 11/10/61
Agravo de Instrumento n.º 6.833, de Livramento do Brumado.
Relator — Des. Arnaldo Alcântara

JUSTIÇA GRATUITA

DEFERIMENTO NA INSTANCIA DO RECURSO.

VIDE — **MANDADO DE SEGURANÇA**

DECADÊNCIA. ARGUIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE, ETC.

Agravo de Petição n.º 14, da Capital

L O C A Ç Ã O

RESCISÃO POR IMPRESTABILIDADE DO IMÓVEL AO FIM DA LOCAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

+ Ação ordinária de rescisão de contrato de locação cumulada com a de consignação de pagamento de alugueres. Prédio alugado para depósito a firma comerciante de automóveis e peças do ramo, inadaptável à finalidade, sujeito a alagamento por águas pluviais. Recusa do proprietário em receber as chaves e aluguéis vencidos, em distrato amigável do contrato escrito. Defesa fundada na inadmissibilidade da cumulação, por terem as ações ritos diferentes, sendo defeso ao proponente obter distrato coercitivamente, por ser pressuposto o acôrdo de vontades. Defesa fundada, também, na assertiva de que o imóvel foi ocupado em condições de servir perfeitamente à sua destinação. Improcedência da ação. Apelação não provida.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 10/10/61
Apelação Cível n.º 5.583, da Capital
Relator — Des. Claudionor Ramos

L O C A Ç Ã O

RETOMADA PARA REFORMA.

+ Retomada de prédio locado, para execução de obras que impliquem aumento de sua capacidade de utilização. Deve-se conhecer da apelação manifestada no prazo legal, embora apresentada em cartório a respectiva petição, depois de vencido êsse prazo.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 27/9/60
Apelação Cível n.º 5.296, da Capital
Relator — Des. Clovis Leone
Vencido — Des. Simas Saraiva, na preliminar.

L O C A Ç Ã O

RETOMADA PARA USO DE DESCENDENTE.

Ação de despejo, para residência de descendente. Alegação de insinceridade, por ser a ação proposta por mero capricho, como represália à recusa de submeter-se a aluguel majorado. Prova aduzida pela autora, dona de imóveis outros, da real necessidade do prédio, por estar a família do filho morando provisòriamente na casa de sua sogra, aliada ao fato de estar doente sua espôsa. Preliminar, na assentada do julgamento da apelação, de irregularidade na publicação da sentença, com o objetivo de converter em diligência. Descabimento, por ter a publicação se feito em audiência, logo depois intimadas as partes, desatendendo a conversão a preceitos de economia processual, dês que não sofreram prejuízo. Improcedência da ação. Improvimento do apêlo.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 10/10/61
Apelação Cível n.º 5.945, de Feira de Santana.
Relator — Des. Claudionor Ramos

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO DE DESCENDENTE.

+ Tem presunção de sinceridade o pedido de retomada para uso próprio de descendente

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 5/9/61
Apelação Cível n.º 5775, da Capital
Relator — Des. Simas Saraiva

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO DE PESSOA DA FAMÍLIA.

Assiste ao locador direito de retomar parte do prédio onde reside para nela instalar pessoa de sua família que lhe vem dar a assistência reclamada pela sua avançada idade e estado precário de saúde.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 18/10/61
Apelaçao Cível n.º 5923, da Capital
Relator — Des. W. de Oliveira e Sousa

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO

+ Despejo. Uso próprio. Falta de prova da insinceridade do pedido argüida na contestação. Confirmação da sentença concessória do despejo.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 3/10/61
Apelação Cível n.º 5.869, da Capital
Relator — Des. Evandro Andrade

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. INCISO II DO ART. 15 DA LEI N. 1.300. INSINCERIDADE NÃO COMPROVADA.

+ Se a retomada se fundamenta no inciso 2.º do art. 15 da Lei 1.300, por precisar o autor do imóvel, para uso próprio, improcede a alegação do locatário de que o locador, por ser usufrutuário dos bens dos filhos, mora em prédio próprio. A condição de usufrutuário dos bens dos filhos menores, inerente ao pátrio poder, não é indicativa da de proprietário dos mesmos

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 22/11/61
Apelação Cível n.º 5.885, da Capital
Relator — Des. Adhemar Raimundo

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. INCISO II DO ART. 15 DA LEI N. 1.300. INSINCERIDADE. DENEGAÇÃO.

Se as provas colhidas evidenciam a insinceridade do pedido, denega-se a retomada do imóvel para uso próprio.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível, em 4/10/61
Apelação Cível da Capital n.º 5677
Relator — Des. W. de Oliveira e Sousa

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. LOCADOR RESIDENTE EM PRÉDIO ALHEIO. DIREITO DE ESCOLHA. NECESSIDADE DE REFORMA.

Não ilide a presunção de sinceridade do pedido de retomada, com base no inciso II, do art. 15 da Lei n.º 1300, o fato de necessitar, o prédio despejando, de reforma para adaptar-se à residência pelo locador. Tem êste direito à escolha, entre os prédios de sua propriedade, do que mais lhe convenha.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 28/11/61
Apelação Cível da Capital n.º 5379
Relator — Des. Pondé Sobrinho

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. LOCADOR RESIDENTE NA CASA PATERNA. SINCERIDADE DO PEDIDO.

+ Configura-se a sinceridade do pedido de retomada com base no inciso II do art. 15 da Lei n.º 1300, quando, embora resida a autora em companhia de seus pais, prova estar noiva e de casamento marcado.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 11/10/61
Apelação Cível n.º 5752, da Capital
Relator — Des Adhemar Raymundo

LOCAÇÃO

RETOMADA PARA USO PRÓPRIO. PROCEDÊNCIA.

+ Despejo para uso próprio do imóvel por que reside o proprietário em prédio de aluguel.

A insinceridade do pedido deve ser provada pelo inquilino. Procedência da ação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível, em 21—1—1961.
Apelação Cível n. 5946, de Itabuna.
Relator — Des. Julio Virginio de Santana.

LOCAÇÃO

RETOMADA PELO PROPRIETÁRIO, SENDO OUTRO O LOCADOR. ADMISSIBILIDADE.

+ Retomada. Sentido moderno da palavra locador. Administração e propriedade.

No pretender-se o imóvel a fim de uso próprio há retomada e não caso de rescisão

Em face da legislação atual não há por que se interprete a palavra locador no sentido duvidoso do primeiro diploma do inquilinato, ou seja o Decreto-Lei n. 4.403, que muitos polêmicas suscitou.

O pai em razão de administrar um imóvel do filho e alugá-lo, nem por isso afasta do citado proprietário, já de maior idade, o exclusivo direito de exercitar a retomada do imóvel.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 27—9—61.
Apelação Cível n. 5.893, da Capital.
Relator — Des. Virgilio Melo.

LOCAÇÃO

RETOMADA DE PARTE DE PRÉDIO.
USO PRÓPRIO DE FIRMA COMERCIAL.

+ Ação de despejo para retomada de parte do imóvel de que necessita o locador-proprietário para expansão do seu negócio, já estabelecido êsse em outra parte do prédio. Presunção imperante da sinceridade do pedido. Descabimento de indenização de benfeitorias. Procedência da ação, sob a égide da Lei n. 1.300, com o aumento do prazo para a desocupação; provimento, nesse sentido, em parte, da apelação.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 8—11—61.
Apelação Cível n. 5.997, de Ilhéus.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

LOCAÇÃO

SUBLOCAÇÃO
CONSENTIMENTO TACITO.

Válida é a decorrente da tácita concordância do locador, cuja atitude, propondo a ação, veio apenas a objetivar-se por não haver-lhe aquiescido o sublocatário à proposta de aumento dos respectivos alugueres.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 27—11—61.
Apelação Cível de Itabuna n. 5477.
Relator — Des. Pondé Sobrinho.

MANDADO DE SEGURANÇA

DECADÊNCIA. ARGUIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18 DA LEI N. 1.533, DE 31—12—51: IRRELEVANCIA.

+ Pedido de gratuidade da justiça, pode ser deferido na instância do recurso. Mandado de segurança. Irrelevância da alegação de inconstitucionalidade do art. 18 da Lei Federal n. 1.553, de 31 de dezembro de 1951, que não se atrita com o art. 141 e seus parágrafos 4 e 24 da Constituição Federal. — A Constituição garante a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão de direito individual e não a perpetuidade do exercício de um direito subjetivo, expressamente delimitado, a bem da segurança jurídica. Insofismável decadência do direito de requerer o mandado, pelo decurso do prazo em que poderia ser exercitado. Improvimento do agravo, destituído de qualquer fomento.

Acórdão do Tribunal Pleno de 12—5—61.
Agravo de Petição n. 14, da Capital.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

MANDADO DE SEGURANÇA

DETERMINAÇÃO DA AUTORIDADE
COATORA PARA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

O fato de ter o Chefe de Executivo Municipal denegado o pedido de revogação de ato de Secretário de Estado não implica em modificação da autoria do mesmo, para fim de determinação da competência para o conhecimento da segurança impetrada.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 27—9—61.
Agravo de Petição n. 6871 da Capital.
Relator — Des. Adolfo Leitão Guerra.

MANUTENÇÃO DE POSSE

Positivados os atos de violência contra o possuidor do imóvel, impõe-se a sua manutenção na área turbada, expedindo-se, para isso, o mandato tutelar da posse.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 20—9—61.
Apelação Cível n. 5.754 de Riachão de Jacuípe.
Relator — Des. Arnaldo de A. Alcântara.

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

+ Indenização de prejuízos ao invés da demolição da construção. Cabimento legal.
Voto vencido — Des. Evandro Andrade:
Considerava imprópria a ação de nunciação, vez que a obra já estava concluída na ocasião da propositura da demanda.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 18—7—61.
Apelação Cível n. 5.166, de Jequié.
Relator designado — Des. Arivaldo A. de Oliveira.
Vencido — Des. Evandro Andrade.

NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA

COM FORÇA DEMOLITÓRIA.
IMPROCEDÊNCIA.

+ Prédios contíguos, pertencentes ao mesmo dono — Venda feita de uma das casas, pelo herdeiro — Construção, pelo adquirente, de muro de separação sôbre faixa de terreno existente entre as duas, considerada lesiva a direitos seus, de referência ao mencionado terreno, pelos herdeiros que houveram a outra, inclusive o vendedor da primeira — Alegação de ressalva, ao efetuar-se a venda, quanto a pertencer a área ao prédio vizinho, circunstância não consignada na escritura — Venda **ad mensuram**, na perícia verificou-se respeitar a obra os limites declarados na escritura — Improcedência da ação, confirmada a sentença em apelação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 17—10—61.
Apelação Cível n. 6.000, da Capital.
Relator — Des. Claudionor Ramos.

PERDA DE MANDATO

VEREADORES
FALTA DE QUORUM
ILEGALIDADE

+ É ilegal a cassação de mandato de vereadores que, além de invocar dispositivo de lei já inquinado de inconstitucionalidade (o art.

48 da Lei Orgânica dos Municípios), se faz sem a observância da exigência do voto favorável de dois terços dos vereadores. No caso, os suplentes convocados para completar o quorum não tinham competência para cassar o mandato daqueles a quem substituíam.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 11—10—61.
Agravo de Petição n. 6891, de Barreiras.
Relator — Des. A. Leitão Guerra

PREFERÊNCIA

COISA DIVISÍVEL
CONCEITUAÇÃO

Sendo a coisa divisível é lícito ao condômino vender a sua parte a quem lhe pareça, não havendo preferência alguma em favor do outro condômino.

Improcede, assim a ação de preferência interposta com base no art. 1.139 do Cód. Civil.

Voto vencido Des. Viana de Castro.

Entendia que um imóvel constituído de uma casa e terrenos de fazenda não oferece a comodidade de divisão conceituada no art. 52 do Cód. Civil.

Acórdão da 1.ª Câmara Cível de 6—9—61.
Relator: Des. Arnaldo Alcântara (designado).
Vencido: Des. Viana de Castro.
Apelação Cível n. 5.849 de Valença.

PRESTAÇÃO DE CONTAS

RITO DESOBEDECIDO
INICIAL INEPTA

+ Ação de prestação de contas; desobediência do rito especial que lhe é próprio. Inépcia da petição inicial. Provimento do agravo no auto do processo interposto contra despacho saneador, que desatendeu à preliminar arguída na contestação contra a subversão irremediàvelmente danosa aos preceitos específicos regentes da espécie.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 22—11—61.
Apelação Cível n. 5.683, da Capital.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

PROMESSA DE VENDA

REVOGABILIDADE DA PROMESSA
NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS

A promessa de venda revogável, sem, portanto, possuir os requisitos consignados na Lei 649, de 11 de março de 1949 (art. 1.º), cria tão sòmente uma **obrigação de fazer.** Dela não surge, na realidade, nem transferência da propriedade, nem, por conseqüência, uma obrigação do vendedor de entregar a coisa e do comprador a pagar o preço.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 27—9—61.
Apelação Cível da Capital n. 5809.
Relator: Des. Adhemar Raimundo.

PROVA

DOCUMENTO ASSINADO POR TERCEIRO
VALOR PROBANTE.
APLICAÇÃO DO § 1.º DO ART. 209 DO CÓD. PROC. CIVIL.

O documento feito e assinado por terceiro, não é, por si só, suficiente para provar convenção porventura celebrada entre o vendedor e aquêle que se diz mediador na alienação.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 27—9—61.
Apelação Cível da Capital n. 5758.
Relator: Des. Adhemar Raimundo.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

IMPROCEDÊNCIA

+ Invalidade da pretensão de posse sôbre determinada área em poder do réu. Indeclinabilidade do pronunciamento do Estado, **dominus soli**, sôbre a disposição e localização da referida área. Improcedência da ação.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 25—10—61.
Apelação Cível n. 5.899, de Itabuna.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

IMPROCEDÊNCIA

+ A ação de reintegração de posse não socorre a quem se manteve, abusivamente, no imóvel, sem título legítimo, deixando de satisfazer a mor parte do preço prometido verbalmente e explorando o imóvel em seu proveito exclusivo, ilaqueando a boa fé do proprietário, que esgotou tôda a tolerância possível na longa expectativa frustrada de que o réu comparecesse ao tabelionato, para os fins de direito.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 11—10—61.
Apelação Cível n. 5.663, da Capital.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

IMPROPRIEDADE

+ Ação de reintegração de posse. Propriedades vizinhas. Posse não provada em têrmos induvidosos. Impropriedade.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível, em 19-9-1961.
Apelação Cível n. 5.825, de Valença.
Relator: Des. Claudionor Ramos.

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO

CURSO DURANTE AS FÉRIAS FORENSES.
VIGÊNCIA DO ART. 35 DO DEC. LEI 24.150.

+ Ação renovatória. Suspensão do seu curso nas férias forenses: desprovimento do agravo onde se argüira a intempestividade da contestação. Vencido o relator que proclamava a vigência do artigo 35, do decreto n. 24.150.

No mérito, negou-se provimento aos recursos de ambas as partes.

Razoável o critério adotado pelo Dr. Juiz para fixação do nôvo aluguel, tirando a média dos valores arbitrados pelos peritos.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 30—8—61.
Apelação Cível n. 5850, da Capital.
Relator — Des. Renato Mesquita, vencido na preliminar.

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO

IMPROCEDÊNCIA
EXCEÇÃO DE USO PRÓPRIO
INSINCERIDADE NÃO COMPROVADA
INDENIZAÇÃO POR FUNDO DE COMÉRCIO. QUANDO CABE

+ Agravo no auto do processo. Julga-se prejudicado, se a pretensão que lhe constitui objeto foi atendida no curso do feito, na primeira instância, de molde a expungí-lo, em tempo, dos vícios que o inquinam, e por fôrça dos quais se interpôs êsse recurso.

Ação Renovatória. Improcedência.

Não evidenciada a insinceridade do pedido de retomada da área locada para uso comercial, oposto em defesa pelo locador, é de acolhê-lo. A indenização pelo **fundo de comércio**, em face do prescrito no art. 20 do Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934, secundado por copiosíssima jurisprudência, só cabe ao locatário a quem se denegue a renovação do contrato respectivo, quando em concurso com terceiros que ofereçam condições melhores em relação ao contrato cuja renovação não vingou.

Vencido — Des. Geminiano Conceição: dava provimento, em parte, à apelação, para deferimento da indenização.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 5—7—61.
Apelação Cível n. 5.450, da Capital.
Relator — Des. Pondé Sobrinho.
Vencido em parte — Des. Geminiano Conceição.

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO

LOCAÇÃO NÃO RENOVADA NO PRAZO LEGAL
APLICAÇÃO DA LEI DE LUVAS

+ Locação regida pelo Decreto 24.150, de 20—4—1934. Renovação não promovida no prazo legal. Apelação interposta pela espôsa, como curadora provisória do marido, o qual deixara a ação à revelia. Conhecimento do recurso, sob o fundamento de que podia assumir a defesa do interêsse do casal, face à desídia marital, mesmo que não ocorresse insanidade do seu espôso, liminarmente reconhecida em processo de interdição. Improvimento do recurso, valendo a decretação do despejo.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 24—10—61.
Apelação Cível n. 5.815, da Capital.
Relator — Des. Claudionor Ramos.

RESCISÃO UNILATERAL

PELO LOCATÁRIO.
AUSÊNCIA DE FÔRÇA MAIOR

Rescisão unilateral do contrato de locação pelo locatário, sem motivo de fôrça maior que impedisse o uso do imóvel. Sujeição do rescindente à pena estatuída no contrato, abrangedora das custas e dos honorários do advogado do locador. Provimento parcial da apelação.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 6—9—61.
Apelação Cível n. 5898 da Capital.
Relator — Des. Geminiano Conceição.

RESPONSABILIDADE

DANO CAUSADO POR VEÍCULO
RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO

Provada a culpa do motorista, não pode a emprêsa proprietária de veículo fugir ao ressarcimento dos danos causados.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível em 11—10—61.
Apelação Cível da Capital n. 5886.
Relator: Des. W. de Oliveira e Sousa.

RESPONSABILIDADE CIVIL

CHOQUE DE VEÍCULOS
CULPA DO PREPOSTO
PROCEDÊNCIA DA INDENIZATÓRIA

+ Ação ordinária de indenização — Dano sofrido por automóvel, ao chocar-se num bonde, desviando-se de caminhão que, estando parado, foi movimentado com inobservância de norma do Código de Trânsito — Responsabilidade da emprêsa proprietária do caminhão, pelo ato do seu empregado, praticado no exercício das suas funções — Procedência da ação e insubsistência do recurso.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 17—10—61.
Apelação Cível n. 5.486, da Capital.
Relator — Des. Claudionor Ramos.

RESPONSABILIDADE CIVIL

CHOQUE DE VEÍCULOS
LUCROS CESSANTES: FIXAÇÃO EVITANDO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

+ Responsabilidade civil por culpa do preposto. Abalroamento de veículo. Prova do dano e da sua autoria. A lei não comina de nulidade a sentença proferida por juiz diverso do que iniciou a instrução. Orientação do Tribunal bahiano no caso de promoção do juiz a desembargador. Na hipótese dos autos os princípios de identidade e imediatidade seriam inaplicáveis, em virtude da prova se ter produzido, na sua maior parte, mediante precatória para diversas comarcas, o que demonstra a relatividade dos mesmos. Tão pouco induzem nulidade do processo deficiências ou irregularidades da instrução de que não resultou prejuízo à defesa, tanto mais quanto o interessado não agravou

oportunamente. Lucros cessantes devidos apenas pelo prazo razoável a ser determinado na execução, exigido para o consêrto do auto-caminhão danificado -- Confirmação da sentença.

Acórdão da 3.ª Câmara Cível de 6--9—61.
Apelação Cível n. 5.795 de Feira de Santana
Relator -- Des. Renato Mesquita

RESPONSABILIDADE CIVIL.

DANOS DECORRENTES DE CONSTRUÇÃO EM PRÉDIO VIZINHO.
FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO.
DESCABIMENTO DA INCLUSÃO DE VENDA DO IMÓVEL DADO EM COMODATO.

+ Desabamento parcial resultante de falta de precaução de ordem técnica na construção em andamento, de edifício de apartamentos contíguo. Responsabilidade plena do proprietário do edifício, que a reconheceu e desobrigou o engenheiro construtor. No total não se inclui parcela de aluguéis, ante a inexistência de onerosidade na ocupação.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível em 3--10--61.
Apelação Cível n. 5423 da Capital
Relotor: Des. Claudionor Ramos.

TAXA DE ESTATÍSTICA

CONSTITUCIONALIDADE

+ Firmada a constitucionalidade da "Taxa de Estatística" posta em dúvida no processo e não havendo outra alegação a considerar, o julgamento pela Câmara se restringe à confirmação do que foi decidido pelo Tribunal Pleno.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 10--10—61
Recurso Ex-Officio n. 558, da Capital.
Relator — Des. Evandro Andrade (Pres ad-hoc).

SOCIEDADE DE FATO

DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO
PROCESSO

+ Ação ordinária de dissolução e liquidação de sociedade de fato — Aplicação do artigo 673 do Código de Processo Civil — Na primeira fase do processo ordinário, apura-se a existência da sociedade e a condição de sócio. — Na segunda, procede-se à liquidação, isto é, à conclusão das operações iniciadas, à apuração do ativo e extinção do passivo para partilha do saldo — Não comporta decisão quanto a ressarcimento de prejuízos.

Acórdão da 2.ª Câmara Cível de 31—10—61.
Apelação Cível n. 5.678, de Feira de Santana.
Relator — Des. Claudionor Ramos.

CRIMINAL

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADA

Dá-se provimento ao recurso de ofício impetrado da decisão que absolveu sumàriamente o réu, se a massa probatória não é estreme de dúvidas relativamente à excludente da legítima defesa.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 4--9--61.
Recurso Criminal n. 2.275, da Capital.
Relator — Des. Aderbal Gonçalves.

COMPETÊNCIA

CONCORRÊNCIA
PREVALECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JÚRI.

Sendo o réu culpado de dois crimes, um de homicídio e outro de lesões corporais, anula-se o processo em que o juiz, ignorando dever prevalecer a competência do Júri nos precisos têrmos do art. 78, I, do Cód. Proc. Penal, chame a si o julgamento da infração do art. 129, entregando ao Júri o relativo ao homicídio.

Acórdão da 1.ª Câmara Crime de 23—10—61.
Apelação Crime n. 4622, de Itambé.
Relator: Des. Adalício Nogueira.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

MATÉRIA CRIMINAL.

VINCULAÇÃO INEXISTENTE

+ No Juízo Criminal, diferentemente do Cível, não há vinculação do juiz à causa.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal em 9/10/61.
Conflito de Jurisdição n. 304 de Mundo Novo.

Relator: Des. Maciel dos Santos.

D E N Ú N C I A

AUSÊNCIA.
NULIDADE DO PROCESSO

Dá-se provimento ao recurso criminal para anular-se **ab Intio** o feito que foi processado sem denúncia.

Acórdao da 1.ª Câmara Criminal de 2/10/61

Recurso Criminal n. 2.278, de Ipiaú

Relator — Des. Adalício Nogueira

DENÚNCIA

CLASSIFICAÇÃO DO DELITO
FACULDADE DO JUIZ DE MODIFICÁ-LA
ANTES DO JULGAMENTO FINAL.

O Juiz não está obrigado a aceitar a classificação do crime dada na denúncia ou na queixa.

Sendo essa classificação apenas provisória, o juiz pode dar ao fato uma definição diferente.

Tendo sido o réu denunciado por homicídio doloso e tendo o juiz encarado o delito como culposo, não está obrigado à decretação da prisão preventiva.

Voto vencido — Des. Nicolau Calmon Bittencourt.

A classificação dada ao crime na denúncia vincula o juiz durante tôda a instrução, até o momento da sentença.

Acórdão da 2.ª Câmara Criminal de 21/9/61
Recurso Criminal n. 2.294, de Senhor do Bonfim
Relator — Des. Dan Lobão
Vencido — Des. Nicolau Calmon Bittencourt.

DENÚNCIA

REQUISITOS.

Preenchendo a denúncia todos os requisitos processuais e constituindo crime os fatos por ela narrados deve ser recebida, já que só no curso da formação da culpa verificar-se-á com segurança da existência, natureza e circunstâncias do delito.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 23/10/61.
Recurso Criminal n. 2.302, de Riachão do Jacuípe
Relator — Des Aderbal Gonçalves

EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

PRESCRIÇÃO.

Ocorrendo as condições previstas no art. 109, item V, do Código Penal, combinado com o art. 110, conhece-se do recurso interposto para decretar a prescrição da condenação do acusado

Acórdão da 2.ª Câmara Criminal de 21/9/61
Recurso Criminal n. 2.272, de Euclides da Cunha
Relator — Des. Edgard Simões.

HABEAS-CORPUS

DEMORA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.
PACIENTE PRÊSO PREVENTIVAMENTE.
INDEFERIMENTO.

Não se justifica o pedido de habeas-corpus baseado no excesso de formação da culpa, se a mesma se vem processando regularmente e contra o paciente foi decretada prisão preventiva da qual não interpôs recurso.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 4/9/61
Habeas-Corpus n. 6.004, da Capital
Relator — Des. Aderbal Gonçalves

HABEAS-CORPUS

INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE

ESCUSA NÃO ACOLHIDA.

Muito embora se alegue ter havido falta de escrivão ad hoc para lavratura de flagrante, a ausência dêste implica na concessão de habeas-corpus requerido pelo paciente.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 29/5/61
Recurso de Habeas Corpus n. 4093 de Itaberá
Relator: Des. Gerson B. Neves

HABEAS-CORPUS

NÃO CONHECIMENTO

Cabendo a competência ao Juiz de Direito, por fôrça do art. 23, al. IV, 1, letra a da Lei de Org. Judiciária vigente, para julgar habeas-corpus, não se conhece do pedido dirigido à Câmara Criminal.

Acórdão da 2.ª Camara Criminal de 13/9/61
Habeas-Corpus n. 6023, de Canavieiras
Rleator Des. Adalício Nogueira.

HABEAS-CORPUS

RETARDAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

INDEFERIMENTO.

Indefere-se pedido de habeas-corpus com fundamento em demora da instrução criminal, provado que esta ocorre por falta de comparecimento das testemunhas do próprio réu.

Acórdão da 2.ª Câmara Criminal de 21/9/61
Habeas-Corpus n. 6024, da Capital
Relator Des. Edgard Simões.

HOMICÍDIO CULPOSO

CARACTERIZAÇÃO

Evidencia-se a culpa do motorista autor do atropelamento, provado que trafegava em via pública proibida a veículos motorizados sem a devida assistência aos freios e sem atenção.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 4/9/61
Apelação Crime n. 2393 da Capital
Relator: Des. Aderbal Gonçalves.

HOMICIDIO QUALIFICADO

REFORMA DA PRONÚNCIA.

Reforma-se a sentença que absolve os réus, aplicando-lhes apenas as penalidadse do art. 21 da Lei das Contravenções Penais, para pronunciá-los como incursos no art. 121, § 2.º, item III do Cód. Penal, se resulta evidente dos autos terem sido ambos responsáveis pela morte da vítima, um apertando-lhe o pescoço e outro esmurrando-a.

Acórdão da 2.ª Câmara Criminal de 5/10/61
Recurso Criminal n. 2.296, de Cachoeira
Relator — Des. Edgard Simões.

IDENTIDADE PROCESSUAL

MATÉRIA CRIMINAL

INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO.

Vide: **MATÉRIA CRIMINAL**.
VINCULAÇÃO INEXISTENTE.

INQUÉRITO POLICIAL

VALOR PROBANTE
CARATER DISPENSÁVEL.

+ A denúncia, ou a queixa, para ser recebida, não necessita esteiar-se em prova préconstituída, inclusive inquérito policial.

Ilegitimidade de parte: — quando não ocorre.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 6/11/61
Recurso Criminal n. 2.314, de Rio Real
Relator — Des. J. Maciel dos Santos.

IRRESPONSABILIDADE PENAL

DOENÇA MENTAL.

+ Recursos criminais simultâneos — ex-officio e do Ministério Público.

É de se inferir que o juiz mantém sua decisão, se, sem modificá-la, frente ao recurso voluntário interposto, manda remeter o processo à instância revisora.

Acusado absolvido ao pressuposto de sofrer de oligofrenia profunda. — Há, no caso, realmente, a completa irresponsabilidade, e não apenas, uma responsabilidade mitigada.
Improvimento dos recursos

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 20/11/61
Recurso Criminal n. 2.279 de Senhor do Bonfim
Relator — Des. J. Maciel dos Santos.

J Ú R Í

QUESITOS DEFEITUOSOS.
NULIDADE DO JULGAMENTO

Anula-se o julgamento por deficiência do questionário submetido ao Júri.
O primeiro quesito a ser formulado, em caso de legítima defesa, é sôbre o direito defendido pelo agente.

Acórdão da 2.ª Câmara Criminal de 5/10/61
Apelação Criminal n. 4624 de Itabuna
Relator: Des. Nicolau Calmon de Bittencourt.

NULIDADE DE PROCESSO CRIMINAL.

HIPÓTESE CONFIGURADA.

Vide: **COMPETÊNCIA**

CONCORRÊNCIA. ETC...

Acórdão da 1.ª Câmara Crime de 23/10/61
Apelação Crime n. 4622 de Itambé
Relator: Des. Adalício Nogueira.

RECURSO CRIMINAL

REEXAME DOS ARGUMENTOS DO RECORRENTE PELO JUIZ — OBRIGATORIEDADE — CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA

A formalidade do art. 589 do Cód. Proc. Penal é essencial ao processo. Se o despacho do Juiz, no recurso em sentido estrito, mantém a decisão recorrida e manda que os autos subam, sem exame dos novos argumentos do recorrente, converte-se o julgamento em diligência para que seja observada a formalidade.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 4/9/61
Recurso de Habeas-Corpus n. 4.120, da Capital
Relator — Des. Maciel dos Santos.

RESPONSABILIDADE PENAL

DOENÇA MENTAL.

+ Absolvição sumária, fundada no art. 22 do Código Penal. A respectiva sentença é de ser confirmada pela instância revisora, por se constatar que o agente, portador de psicose maníaco-depressiva, era, quando do evento, incapaz, em absoluto, de entender o caráter criminoso do fato e de determinar-se de acôrdo com êsse entendimnto.

Acórdão da 1.ª Câmara Criminal de 13-11-61
Recurso Criminal n. 2.298, da Capital
Relator — Des. J. Maciel dos Santos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE INDÚSTRIA PERIGOSA. REVOGABILIDADE.

Mand. Seg. 5604 — Relator: Min. AFRÂNIO COSTA

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA: O acórdão do Tribunal da Bahia tem a seguinte ementa: "AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE INDÚSTRIA PERIGOSA. REVOGABILIDADE. Compete ao Poder Público, no lídimo exercício do seu poder de polícia, revogar administrativamente as licenças ou autorizações para a exploração de indústrias consideradas perigosas, tôda vez que assim o exija o interêsse público".

Esta ementa é de grande clareza. Trata-se de uma pedreira na Bahia em cujas proximidades foram construídas duas dezenas de casas, que, segundo consta dos autos, se achavam em perigo ante as explosões provocadas na pedreira. Veio o recurso ordinário da parte, sustentando a irrevogabilidade da licença concedida, e o Dr. Procurador Geral da República opina pela confirmação do acórdão. E' o Relatório.

VOTO

Sr. Presidente, parece-me que a tese sustentada pelo acórdão recorrido não pode merecer contradita. Evidentemente, as licenças para localização ou uso de explosivos estão subordinadas à segurança pública. Desde que se verifique que essas explosões na pedreira põem em perigo dezenas de casas habitadas e os moradores das redondezas, o poder de polícia não só pode, como deve imediatamente revogar a licença. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça da Bahia, e eu confirmo sua decisão, negando provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: NEGARAM PROVIMENTO, TOMANDO-SE A DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS. Presidência do Exmo. Sr. Ministro OROSIMBO NONATO. Relator: O Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO COSTA (como substituto do Exmo. Sr. Ministro ROCHA LAGÔA). Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros VILAS BÔAS, CÂNDIDO MOTTA FILHO, HENRIQUE D'AVILA (substituto do Exmo. Sr. Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, que se encontra de licença), ARY FRANCO, NELSON HUNGRIA, LUIZ GALLOTTI, RIBEIRO DA COSTA, LAFAYETTE DE ANDRADA e BARROS BARRETO.

AÇÓRDÃO

Vistos, etc., ACORDAM os Juízes do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso para confirmar a decisão recorrida, conforme o relatório e notas taquigrafadas. Custas pela recorrente. Rio, 12 de agôsto de 1959. OROSIMBO NONATO, Presidente. AFRÂNIO ANTÔNIO DA COSTA, Relator.

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO: para reclamar o amparo dispensado pelo Dec.. 24.150 de 1934 é indispensável que o fundo de comércio preencha os requisitos ali instituídos.

Rec. Ext. n. 20.742. Relator: Ministro OROSIMBO NONATO

ACÓRDÃO

Vistos, etc. Acordam os juízes da 2.ª turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, conhecer do recurso a que negam provimento por maioria de votos, conforme o relatório e votos taquigrafados.

Custas pelo recorrente.

Rio, 22 de agôsto de 1952.

Orosimbo Nonato — Presidente.

Afrânio Antônio da Costa — Designado para o acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OROSIMBO NONATO: — A fls. 272 dos autos encontra-se o seguinte acórdão do ilustre Tribunal da Bahia, la-

vrado pelo Exmo. Sr. Des. Souza Carneiro:

"Vistos, expostos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível desta Capital, sob n. 535, em que são apelantes Robert Quentin, Florinda de Almeida Mariano, Silva, Farias & Cia. Ltda. e Alice Gemal e apelado Florentino Silva:

Acordam os juízes da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, desprezada a preliminar de nulidade do feito, por maioria de votos e, por votação unânime, negar provimento aos agravos no auto do processo, negando, também, sem discrepância do voto, provimento à apelação para confirmar, como confirmamos, pelos seus próprios fundamentos que são jurídicos e estão em perfeita harmonia com as provas dos autos, a sentença apelada.

DE REFERÊNCIA À PRELIMINAR

Alega d. Alice Gemal sua condição de sublocatária da parte do vestíbulo do prédio n. 93, com instalação, desde sete anos, de um estabelecimento comercial, no ramo de armarinho e miudezas, juntando como comprovante, não só conhecimentos de haver pago impostos, como, também, recibos de pagamento de alugueres ao locatário e também, apelante Robert Quentin. Daí entender que na conformidade do disposto no art. 18, § 5.º da lei do inquilinato àquela época vigente e fielmente reproduzido na atual, de dezembro do ano passado (art. 15 § 4.º), nula é a ação, *ab initio*, de vez que não fôra citada na qualidade de sublocatária que é do referido cômodo.

Contrariando as razões da apelante, sustenta o proprietário dos imóveis, ora apelado, ilegitimidade de parte por não existir nenhuma relação jurídica entre êle e a apelante que por isto mesmo não poderia intervir no pleito. Refere ao fato de ignorar essa qualidade da apelante, mesmo porque o locatário estava no dever legal de lhe comunicar tal situação, face mesmo o disposto no art. 7, § 2.º da lei então vigente, acentuando que a lei só ampara o sublocatário quando a sublocação é feita regularmente, isto é, comunicada por escrito ao locador e dentro do prazo de 10 dias.

Na verdade, diz o citado dispositivo:

"O locatário deverá comunicar, por escrito, ao locador, dentro de 10 dias, a sub-locação parcial que não dependa de consentimento dêste, mencionando o aluguel".

Por sua vez, prescreve o art. 18, § 5.º da citada lei:

"Na ação de despejo dar-se-á ciência ao sublocatário do pedido inicial".

A lei atual, datada de 28 de dezembro de 1950 e sob n. 1.300, reproduziu literalmente tais disposições.

Vê-se, portanto, quer na lei anterior que na vigente, a obrigatoriedade, nas ações de despejo, da *ciência* ao sub-locatário do pedido inicial. Também, quer numa, quer noutra, imprescindível, para conhecimento do senhorio ou locador, é a comunicação por escrito da sub-locação parcial e respectivo aluguel.

Ora, se cumprida não foi essa exigência legal, desaparece, por fôrça da própria lógica, a que diz respeito à *ciência* ao sublocatário por ignorar o locador a existência de uma nova relação *ex-locato* entre locatário e terceira pessoa. E mesmo que assim não fôsse, isto é, se cumprida fôsse a exigência da comunicação por escrito, a *ciência* que, realmente, não se pode confundir com *citação*, só seria necessária, obrigatória, nas ações que tivessem por fundamento impontualidade no pagamento de alugueres e demais encargos contratuais e permitidos em lei. Fora daí, tal exigência deixa de ter justificativa, cabendo-a, exclusivamente, segundo a lição de Eduardo Espínola, em sua recentíssima obra "A locação", quando há possibilidade de ser a mora purgada, podendo ser tanto a pedido do locatário que nos seus direitos se sub-rogue, uma vez feito na contestação (obra citada, pág. 110). Assim prescrevia a lei então vigente em seu art. 19 e outro não é o princípio da ora em vigor, cujo texto é quase literalmente o mesmo (vide o seu art. 16):

> "Ressalvada a preferência do locatário, o sublocatário, desde que satisfaça as exigências do art. 18, § 1.º, e deposite quantia equivalente a 3 meses do aluguel em garantia da locação, ficará sub-rogado nos direitos desta decorrente".

O autor, ora apelado, baseou o seu pedido inicial no art. 18, inc. 5.º, ou seja necessitar dos imóveis para demolição e edificação licenciada de maior capacidade e utilização, escapando, portanto, aos imperativos das disposições em que se arrimou a apelante — d. Alice Gemal — pois não se justifica purgação de mora — única razão de ser da pretendida *ciência* — em ação de despejo onde está excluída a hipótese de falta de pagamento de alugueres.

Se, pois, o pedido de desocupação é para demolir os prédios objeto do litígio, desnecessário, por certo, seria cientificar o sublocatário dos têrmos da inicial, pela sua evidente inocuidade, mesmo que regularmente se encontrasse êle no exercício normal da sublocação, pois lícito não lhe seria, em tal oportunidade, subrogar direitos do locatário quando não se cogita de rescisão de contrato por falta de pagamento de alugueres e, sim, para demolição completa dos mencionados imóveis, com nova edificação de maior vulto e capacidade.

QUANTO AOS AGRAVOS NO AUTO DO PROCESSO

De referência ao que diz respeito ao indeferimento do pedido de absolvição de instância em que são agravantes os litis-consortes passivos d. Florinda de Almeida Mariano, a fls. 72 a 74, e Silva, Faria & Cia. Ltda., a fls. 81 a 82, negam provimento para que subsista, no particular, o despacho agravado.

Alegam os réus agravantes que a ação não pode ter curso pela inexistência de notifi-

cação hábil porque, notificados que foram para a desocupação do imóvel dentro do prazo de 90 dias, só após o decurso de quase dois anos foi que o notificante promoveu a presente ação, com o fim de despejá-los, ocasionando-lhes, assim, uma verdadeira surpresa, pois estavam convencidos da desistência daquela pretensão do autor. Além do mais, alegam, desde que, consumado o prazo da notificação, o locador deixa de agir por longo tempo, e sem qualquer outra medida acautelatória de seus interêsses, a providência preliminar torna-se obsoleta, perde sua eficácia. Então, para autorizar o despejo, só renovada a notificação.

Repelindo tais alegações e, conseqüentemente, indeferindo a pretendida absolvição da instância, o dr. Juiz reporta-se à jurisprudência pacífica de não haver caducidade no retardamento da ação do notificante, promovendo os meios legais para a desocupação do imóvel, não havendo, por isto, nenhuma surprêsa para o notificado, a menos que tal providência se verifique antes de decorridos os noventa dias concedidos para a desocupação voluntária.

A lei fixando o prazo em que deve prevalecer a notificação judicial para a desocupação voluntária do imóvel, não condicionou nem determinou a época em que teria o locador de promover a ação para o respectivo despejo, pois uma vez notificado o locatário, segue-se que foi advertido da intenção do proprietário em reaver o imóvel, em qualquer tempo, não havendo justificativa o retardamento da ação, compreendendo-se, de um lado, tolerância do locador e do outro, tempo mais que necessário para o inquilino providenciar a desocupação sem os vexames e as consequências do despejo. Surprêsa não pode haver para quem foi advertido a tempo e pelos meios regulares de que o proprietário do imóvel ocupado dêle necessita para uso próprio ou fins outros que a lei permite e condiciona à rescisão do contrato.

QUANTO AO INTERPOSTO POR ROBERT QUENTIN

A pretensão do agravante, também réu na presente ação, é que se proceda a uma vistoria a fim de saber-se da necessidade ou não de consertos urgentes nos aludidos prédios, o que foi indeferido pelo dr. Juiz sob o fundamento de que o pedido de retomada não tem outro fim senão a demolição total dos referidos imóveis e edificação licenciada, no local, de um outro de maior capacidade e utilização.

Outro, na verdade, não poderia ser o despacho do qual se recorre com fundamento no art. 851 do Cód. de Proc. Civil, porque, no caso, não se cogita de reconstrução ou reparos dos questionados imóveis. O que se pretende, segundo os articulados da inicial e as plantas que a instruem, acompanhadas da licença da Prefeitura, é a demolição total dos dois prédios para, na área desocupada, edificar-se um nôvo de grande vulto e maiores proporções de utilidade.

Pretender uma vistoria para que informe a perícia se os prédios necessitam ou não de consertos necessários e urgentes, como pretende o agravante, não seria mais do que procrastinar a marcha do feito, tumultuando-o sob o império da chicana que a própria Justiça não deve permitir.

Finalmente, quanto ao agravo interposto pelo autor do despacho que determinou o arbitramento do fundo de comércio requerido pelos réus, já não tem objeto de vez que a sentença apelada, julgando a ação procedente, negou, por outro lado, o pagamento da indenização arbitrada, a título de *fundo de comércio*.

QUANTO AO MÉRITO.

Razão não há para que se modifique a sentença apelada. Os conceitos de ordem jurídica e o acêrto de suas conclusões, representam, fielmente, o quanto se pode colhêr das observações atentas de tudo quanto existe nos autos — argumentos e provas em que se firmaram os litigantes na propugnação de seus direitos.

Fundo de comércio, para efeito de indenização, não podem, nesta oportunidade, alegar os réus, ora apelantes, por não amparados em nenhum contrato escrito, não lhes favorecendo, portanto, as invocadas disposições do art. 20, parte final, do Dec.-Lei n. 24.150, de 20 de abril de 1934. Na verdade, se entre locador e locatário inexiste contrato escrito de locação, como se aplicar referidas disposições para atribuir ao ocupante direito a uma indenização a título de ressarcimento de prejuízos pela desvalorização de fundo de comércio?

Mas, se tais disposições ressentissem de clareza, dando margem a duvidosas interpretações, as reiteradas decisões dos Tribunais vêm firmando jurisprudência pacífica de que não há indenização, a título de fundo de comércio, quando o imóvel é retomado para demolição e reconstrução de maior vulto (Ac. do Trib. do Distrito Federal, in Rev. Forense — vol. CX, Fasc. 526, pág. 441).

P. para os devidos fins e custas pelos apelantes.

Selem-se e numerem-se as fôlhas acrescidas.

Bahia e em Sessão da 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em 7 de novembro de 1951.

a) *A. Vieira Lima* — Presidente.
a) *E. J. de Souza Carneiro* — Relator.
a) *Peryllo Benjamin* — Revisor.

Quanto à prejudicial, certo é, que D. Alice Gemal era, sabidamente, sublocatária de uma parte do prédio, e o nôvo adquirente, ora Apelado, não o ignorava. Logo essa sublocatária deveria ter sido cientificada do início da ação de despejo.

Quanto ao agravo no auto do processo, interposto pelo A. ora Apelado (fls. 75 e 77) votei por que se o julgasse prejudicado, por-

quanto sempre entendi que o recurso da espécie só é conhecido e decidido pela instância superior quando é recorrente e também apelante e sua apelação se refira ao caso.

a) *Arthur Berenguer*".

Não se conformaram as partes vencidas e ao aresto opuseram recurso extraordinário.

O de d. Florinda G. Mariano foi pedido nos têrmos de fls. 277:

"FLORINDA G. MARIANO, com fundamento no art. 101, III, alínea *a*, da Constituição Federal e na forma e no prazo dos arts. 863 e 864 do Código de Processo Civil, manifesta o presente recurso extraordinário contra a decisão, unânime, da egrégia 2.ª Câmara Cível, que, na apelação n. 535, em que foi apelado FLORENTINO SILVA, mantendo a sentença de 1.ª instância, concluiu por julgar:

a) subsistente a eficácia da notificação feita, apesar de proposta a ação de despejo quase dois anos após a consumação da mesma;

b) improcedente o pedido de indenização do fundo de comércio alegado;

c) legal o prazo de trinta (30) dias para execução do despejo, se não desocupado, voluntàriamente, o prédio.

2. Assim decidindo, o Venerando Acórdão violou:

1.º) — o § 2.º do art. 15 da Lei 1.300, de 28 de dezembro de 1950, visto que legitimar o despejo requerido cêrca de dois anos depois da notificação, sem que houvesse ocorrido justa causa para o retardamento, significa autorizar a surprêsa, que o diploma especial visou, exatamente, a impedir, como salientam os intérpretes;

2.º) — o § 3.º do artigo e lei citados, que, fazendo menção a "titular de fundo de comércio estabelecido no prédio há mais de três anos", reconhece, lògicamente, com a possibilidade de formação dêsse patrimônio, a juridicidade da indenização respectiva;

3.º — o § 3.º mencionado no item anterior e o art. 19 da mesma lei, uma vez que não é possível compelir um comerciante à desocupação de uma loja no prazo de trinta (30) dias, sem postergar a letra e o espírito dessas normas de exceção, elaboradas, precisamente, para amparar o locatário contra o abuso do locador.

3. Por êsses motivos, que serão desenvolvidos na sustentação do apêlo, e considerando desde já, que o Supremo Tribunal o admite — como no caso — "quando a interpretação assume o feito de êrro enorme, de heterodoxia evidente" (Rev. Forense, vol. III, p. 106; vol. 121, p. 470) — pede e espera a Recorrente que o recurso seja admitido, processado e no tempo próprio encaminhado, observado o disposto nos arts. 865 e seguintes do estatuto processual".

O de Silva, Faria § Cia. Ltda., nos de fls. 278:

"SILVA FARIA & CIA LTDA., por seu advogado infra assinado, não se conformando, *data venia*, com a respeitável decisão proferida pela 2.ª Câmara Cível que, por unanimidade de votos, negou provimento à apelação interposta pelo Supte. nos autos da ação de despejo que lhe move o Sr. FLORENTINO SILVA vem, no prazo legal, desde quando o V. Acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 11 do corrente, interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, com fundamento no artigo 101 n. III letra *a* da Constituição Federai pelos seguintes motivos e fundamentos:

I — O locador Florentino Silva, tendo adquirido o imóvel sito à Avenida Sete de Setembro n. 93, nesta Capital, fêz notificar, no ano de 1947, o recorrente do seu propósito de demolir o prédio para edificação de obra de vulto

Todavia, embora transcorrido o prazo de noventa dias estabelecido em lei, desinteressou-se, completamente, o proprietário, do pedido formulado e assim foram transcorridos dois anos sem a manifestação expressa do locador, o que ensejou ao recorrente a convicção de ter havido desistência dos seus propósitos.

E nesta certeza estava quando foi surpreendido com a citação inicial, contestando a demanda e argüindo, de logo, não estar o pedido alicerçado em notificação válida porquanto considerava, justificadamente, insubsistente a levada a efeito dois anos antes. E o entendimento do Supte. estava apoiado na lição dos doutos, bastando indicar os comentários de Agostinho Alvim e Etiene Brasil:

> "Uma longa tolerância, porém, sem ressalva, pode dar margem a se interpretar a sua atitude como a de haver desistido de obter o prédio. NOVO PRAZO DE NOVENTA DIAS, pois de outro modo haverá surprêsa para o locatário".
>
> "Não há prazo fatal para se iniciar o despejo cominado. Entretanto, após o decurso de um ano, deve se presumir ter havido renúncia ao aviso, porque os contratos verbais são considerados como de um ano".

Entretanto o digno Dr. Pretor da 2.ª Vara Cível não acolheu a nulidade invocada como, por igual, achou por bem de fazê-lo a turma da Colenda Câmara, contrariando, assim, o quanto estabelecido em lei, parágrafo 2.º, do artigo 15, da Lei 1.300, de 28 de dezembro de 1950.

II — Por outro lado, ainda, a Lei 1.300 aplicável aos casos em curso determina, expressamente, no parágrafo 3.º do art. 15, que sendo o locatário detentor do fundo de comércio há mais de três anos, tem direito a um prazo até seis meses para desocupação do imóvel.

Ora, a decisão recorrida violou, sem nenhuma dúvida, a lei reguladora das locações, desatendendo norma prescrita, porquanto não cuidou de fixar o prazo a que tem direito o recorrente, prazo êsse que não poderia ser outro senão o máximo previsto, isso se fôsse possível excluir-se a aplicação do artigo 19

da mesma lei, cousa que não poderia ocorrer desde quando a recorrente mantinha, como mantém, contrato escrito de locação em todo vigor, à exceção do prazo que passou a ser indeterminado após o vencimento do estabelecido.

Diante dos fundamentos aqui aduzidos e que serão mais detidamente apreciados nas razões do recurso, está motivadamente justificada a interposição do presente, já tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido o cabimento do recurso extraordinário quando errôneamente aplicada pelos Tribunais a lei, no caso, vale repetido: artigos 15, parágrafos 2.º e 3.º, e 19, da Lei 1.300, de 28—12—50.

Nestas condições espera que seja recebido e processado o presente recurso conforme preceitua o artigo 865 e seguintes do Código de Processo Civil e Comercial".

Razões a fls. e fls.

V O T O

Decidiu o v. acordão, em abreviado:

a) que no pedido de desocupação para demolir o prédio objeto do litígio, desnecessária se torna a notificação do sublocatário;

b) inexiste caducidade no retardamento da ação do notificante. Inalegável, ao caso, ocorrência de surprêsa, a não ser que a ação se proponha, antes de exaustos os noventa dias concedidos para a desocupação voluntária;

c) a denegação, no caso, da vistoria foi racionável e justa, pois o que se pretende não é a reconstrução ou reparação do prédio, objeto da retomada: é a sua total demolição para, na área desocupada, se fazer erguer nôvo e maior edifício, segundo os articulados da inicial e as plantas que a instruem, acompanhadas da licença da Prefeitura.

A vistoria, no caso, nada dilucidaria, concorrendo para entorpecer a marcha do processo;

d) não têm os A.A. direito a indenização, por não amparados por nenhum contrato escrito.

Não tem aplicação o Dec.-Lei 24.150, de 20 de abril de 1934.

E se assim não fôsse, ainda direito não lhes assistiria à indenização, que descabe quando o *"droit de reprise"* se exercita para demolição e reconstrução de maior vulto.

Com o confirmar a decisão de fls., considerou o v. aresto legal o prazo de trinta dias para execução do despejo.

No que tange à inexistência de caducidade pelo retardamento da ação do notificante, entendem os recorrentes haver sido violado o § 2.º do art. 15 da Lei 1.300, de 28 de dezembro de 1950, *verbis:*

"A ação de despejo... só poderá ser proposta depois de decorridos noventa dias da notificação feita ao locatário, cientes os sublocatários".

Como o despejo, no caso, se efetivasse, muito depois dos noventa dias, cêrca de dois anos depois, concluiu o recorrente pela vulneração do preceito suso transcrito.

Não concluiu, entretanto, *data-venia*, acertadamente, pois o texto não prescreve a caducidade da notificação, por ocorrência de lapso de tempo maior de noventa dias, e por ela, por sua letra, o despejo apenas não pode ser proposto *antes* dos noventa dias. Ainda que se trate de tolerância excessiva que, ao cabo de contas, vem, ao seu término, surpreender o inquilino, já decidiu o ilustre Tribunal do Distrito Federal, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Emanuel Sodré "que interpretar essa tolerância contra o senhorio para concluir que por ela perdeu êle o direito de despejar o inquilino, é raciocinar sem apoio nos bons princípios da interpretação dos atos humanos, resolvendo outros arestos do Tribunal de S. Paulo que, nesse particular, só o locador é árbitro de suas conveniências, não comportando a lei que é de exceção, maiores restrições que as expressas (vide Luís Antônio de Andrade e J. J. Marques Filho, Locação Predial Urbana, 1952, pág. 331, e notas 641 e 642).

No particular de que se trata, pois, a razão se alliança ao v. aresto recorrido, embora, ao que noticiam Luís Antônio de Andrade e J. J. Marques Filho, haja no acórdão do ilustre Tribunal de S. Paulo, lavrado pelo Exmo. Sr. Des. Percival de Oliveira, concluído que a atitude de inatividade do notificante que se mostra desinteressado e tardonho em propor a ação, depois de notificado o inquilino, importa renúncia ao direito de retomar, pelo desaparecimento da necessidade em que se fundava a notificação (liv. cit., loc. cit.).

Casos haverá em que essa tardança possa revelar a renúncia. Esta, porém, não se presume e porque a lei não decreta a caducidade, no caso, da notificação, esta permanece válida, em linha de princípio.

Daí dizer Espínola Filho, que admite, em certos casos, a presunção de desistência derivada da longa tolerância sem ressalva será questão "mais de fato e de apreciação em concreto" (A Locação n. 18 v. 7).

Outro ponto em que incidem argüições dos recorrentes está em haver o v. aresto considerado legal o prazo de trinta dias para execução do despejo, se não desocupado, voluntàriamente, o prédio.

Na inicial, falou o A. em "prazo da lei". E pela lei mesma citada como ofendida o prazo varia de um mês (que foi o marcado) a seis meses, tratando-se de titular do fundo de comércio.

A fixação de tais prazos, dentro nos limites assinalados na lei, é faculdade do juiz que procederá com arbítrio de bom varão e seu exercício não pode constituir *federal question* própria do recurso extraordinário (vide Luís Antônio de Andrade e J. J. Marques Filho, liv. cit., n. 325).

O art. 19 não tem aplicação ao caso e se refere à hipótese de não outorga de renova-

ção de locação, tirando o legislador ao fito de prorrogar o prazo estabelecido no art. 360 do C. de Proc. Civ. (Andrade e Marques, liv. cit. pág. 399).

Resta na balha a questão de indenização. Ainda aqui, vulneração não ocorreu de letra de lei, e mais, os recorrentes invocaram sòmente a letra *a* do art. 101, n. III, da Constituição Federal.

Entretanto, é certo que quando se trata de tomada de prédio para reconstrução com o fim de lograr o *dominus* proveitos mais pingues, quando êle procede *de lucro captando* deve, por certa jurisprudência formada com o tributo de meus votos, uma côngrua indenização ao titular do fundo de comércio.

Já dei, com algum apontamento, naqueles votos, as razões que me levaram a adotar a orientação aludida, nos casos a que Etiene Brasil chama "obras *gananciosas*, lucrativas ou úteis".

E' certo que, no caso, não se trata de locação mediante contrato escrito por tempo igual ou maior de cinco anos. A renovação compulsória não depararia fundamento na lei.

Mas, não se trata de reconhecer direito a renovação do contrato, senão de afirmar direito a indenização em favor do titular do fundo de comércio pelo *dominus* que exerce o *droit de reprise, de lucro captando*.

Como disse o M. M. Juiz, no despacho de fls., o conceito de fundo de comércio não depara sua razão de ser na existência ou não de contrato com prazos determinados ou indeterminados".

Êle se forma, através de qualquer locação, com os agravamentos dos elementos que lhe são próprios.

Conheço do recurso pela letra *d*, pôsto não invocada e dou-lhe provimento para o efeito de reconhecer, aos recorrentes, direito a uma côngrua indenização pelas despesas de mudança e reinstalação.

E' o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO *AFRANIO ANTONIO DA COSTA*: Sr. Presidente, *data venia* de V. Ex., não concedo essa indenização, porque entendo que ela decorre da lei de luvas, que formou uma figura especial em tôrno do fundo de comércio, para que êle possa ter direito à indenização.

Não é qualquer comércio, instalado neste ou naquele lugar, que tem a proteção da lei; a proteção da lei é deferida ao fundo de comercio, que integra aquêles requisitos que se encontram especificados na lei de luvas; sòmente êsses é que estão em condições de receber a indenização. Reunindo as condições de estabilidade com a clientela, ponto acreditado, confiança do público, etc., é que surge da universalidade de bens e direitos a figura do fundo de comércio. E não o fundo de comércio recente ou assente na base instável, que, evidentemente, não pode merecer a mesma protção que a lei dispensa aos imóveis protegidos pelo Decreto 24.150.

De sorte que *data venia* de V. Excia., nego provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO *HAHNEMANN GUIMARAES* — Sr. Presidente, se fôsse o caso de estabelecimento comercial ou industrial, protegido pelo Decreto n. 24.150, de 20 de abril de 1934, estaria de acôrdo com V. Excia., para conceder a indenização, nos têrmos do art. 20 do mesmo decreto. Mas, para que haja a proteção pretendida, é necessário que o prazo da locação haja sido estipulado, pelo menos por 5 anos, o que não permite que o fundo de comércio possa ser protegido quando a locação é verbal, não haja sido celebrada por instrumento, como no caso presente, em que não há contrato de locação, celebrado por instrumento, por escrito. Dêste modo, embora, em princípio esteja de acôrdo com V. Excia., não posso, na conclusão, acompanhar o seu brilhante voto: conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO *LAFAYETTE DE ANDRADA* — Sr. Presidente, pedindo *venia* a V. Excia., também nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: CONHECERAM DO RECURSO E LHE NEGARAM PROVIMENTO CONTRA O VOTO, NO MÉRITO, DO MINISTRO RELATOR.

Deixaram de comparecer, o Exmo. Sr. Ministro ROCHA LAGÔA, por motivo justificado e o Exmo. Sr. Ministro EDGARD COSTA, por se achar afastado, em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, sendo substituído pelo Exmo. Sr. Ministro AFRANIO COSTA.

RECURSO EX-OFFICIO NÃO ESTÁ SUJEITO A PRAZO E INDEPENDE DE INTERPOSIÇÃO PRESCRIÇÃO.

A decisão sujeita a recurso oficial não passa em julgado sem que a confirme o Tribunal Superior, ficando sujeita ao exame dêste a qualquer tempo em que os autos lhe cheguem.

O recurso ex-officio alcança os incidentes já encerados, que vêm à tona no julgamento do recurso da sentença final. Assim, se a Fazenda argúi prescrição e a viu repelida no despacho saneador, do qual não agravou no auto do processo, o provimento tanto poderá ser pela reforma da sentença final, no tocante ao mérito, como pelo acolhimento da preliminar, que revive por fôrça da compreensão do recurso de ofício.

Rec. Ext. n. 43 405 — Relator: **MIN. LUIZ GALLOTTI**

ACÓRDÃO

Vistos êstes autos de recurso extraordinário n. 43.405, decide o Supremo Tribunal Federal, em 1.ª Turma, não conhecer do recurso, de acôrdo com as notas juntas.

D. F., 17—9—59. — Barros Barreto, Presidente
Luiz Gallotti, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Luiz Gallott:** — Ação ordinária de Maria de Alencastro Ceva contra a União Federal.

O caso está assim resumido na sentença (fls. 79—80):

"Resumindo — a autora como funcionária da Coordenação, deveria ter sido transferida para o Conselho Federal de Comércio Exterior, com a extinção da primeira. Não o foi. A administração reconhece que a autora era funcionária da Coordenação e que deveria ter sido transferida, no entanto nada fêz.

Cristalino, assim, se apresenta o direito da autora, postulado nestes autos. Em consequência julgo procedente a ação para condenar a ré a aproveitar a autora no Conselho Federal de Comércio Exterior na forma da lei, ou no Conselho Nacional de Economia, a partir da data da extinção da Coordenação da Mobilização Econômica, assegurando à autora todos os direitos e vantagens, como se em exercício efetivo se encontrasse desde essa data, incluindo melhorias de vencimentos e promoções. Asseguro ainda à ré a percepção de vencimentos atrasados a partir de 22 de março de 1950, cinco anos anteriores à inicial, sendo que sôbre o montante dos atrasados, até esta data, incidirão os honorários da autora, na base de vinte por cento. Juros da mora na forma da lei. Custas pela ré. Recorro **ex officio**".

Apelaram autora e ré, mas o acórdão do Tribunal de Recursos só deu provimento, em parte, à apelação da ré, para excluir da condenação os honorários advocatícios.

Com esta parte do acórdão conformou-se a autora, mas dêle recorreu extraordinàriamente, invocando a alínea **d**, da parte em que o acórdão, confirmando a sentença, reconheceu prescritos os vencimentos mais de cinco anos anteriores à propositura da ação.

A Procuradoria Geral opina pelo não conhecimento, ou não provimento do recurso

VOTO

A recorrente suscita, no presente recurso, questão que não suscitara ao apelar e que, portanto, a rigor, escapa ao âmbito do recurso extraordinário.

Ainda assim, a examinarei.

Alega-se que a prescrição fôra repelida no despacho saneador, sem que a União agravasse no auto do processo, e a decisão, assim, passou em julgado.

Ora, o que se repeliu, no saneador, foi a prescrição da ação, devendo entender-se que não cogitou o Juiz da prescrição de determinadas prestações, tanto que a isso não se referiu e na sentença as julgou prescritas.

Além disso, as decisões contra a Fazenda Pública, por efeito do recurso **ex officio** (que não está sujeito a prazo e independe da interposição), não passam em julgado, antes de confirmadas na segunda instância.

O inolvidável Castro Nunes, no seu excelente livro **Da Fazenda Pública em Juízo**, edição de 1950, mostra que a decisão sujeita a recurso oficial não passa em julgado sem que a confirme o Tribunal Superior, ficando sujeita ao exame dêste a qualquer tempo em que os autos lhe cheguem (pág. 184).

E acrescenta (pág. 195) que o recurso **ex officio** alcança os incidentes já encerados, que vêm à tona no julgamento do recurso da sentença final, observando, precisamente de referência à hipótese questionada (pág. 195):

"Assim é que, se a Fazenda argüiu a prescrição e viu repelida essa argüição no despacho saneador, do qual não agravou no auto do processo, o provimento tanto poderá ser pela reforma da sentença final, no tocante ao mérito, como pelo **acolhimento da preliminar, que revive por fôrça da compreensão do recurso de ofício**".

Podia, por conseguinte, o Tribunal de Recursos confirmando aliás a sentença, julgar prescritas determinadas prestações independentemente de recurso voluntário da União contra o despacho saneador.

A recorrente aponta acórdãos que considera divergentes, mas sem mostrar que qualquer dêles haja apreciado espécie com os contornos da presente.

Não conheço do recurso.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: À unanimidade, não conheceram do recurso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros **CANDIDO MOTA FILHO, ARI FRANCO, NELSON HUNGRIA, LUIZ GALLOTTI E BARROS BARRETO.**

Relator: Exmo. Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI
Presidente da Turma o Exmo. Sr. Ministro BARROS BARRETO.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO — Violação do artigo 853 do Cód. Pro. Civil — Conhecimento do provimento.

Rec. Ext. n. 47.161 — Relator: **MIN. ARY FRANCO**

ACÓRDÃO

Acordam os Ministros da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, e à unanimidade, em conhecer do mesmo, e em dar-lhe provimento, de acôrdo com as notas taquigráficas juntas. Custas **ex-lege**.

Brasília, 6 de julho de 1961. (Data do julgamento).

Ary Franco, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO **ARY FRANCO** — O Acórdão recorrido está a fls. 78.

O recurso extraordinário interposto, pela letra a, invoca violação do art. 67 C. Civil, arts. 317 e 377 do C. Processo Civil, e bem assim do art. 853 do mesmo C. Processo Civil, e pela letra d os arestos de fls. 85—86.

Foi admitido o recurso e processado e o parecer da Procuradoria Geral está às fls 98.

VOTO

No acórdão paradigma, tratava-se do possuidor, portador de título dominial.

No recorrido, havia apenas um detentor sem título.

Vê-se, assim, como de certo, frisa a Recorrente, o Acórdão recorrido admitindo como coincidentes as teses suscitadas, quando são diversas, violou o art. 853 do Cód. Processo Civil.

Nessas condições, conhecendo do recurso dou-lhe provimento, para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer o que foi proferido na apelação cível n. 2.545, pela 2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, no qual se assentou que o recorrido não pode obstar a ação do Poder Público, embora com direito a indenização

ACRÉSCIMO AO VOTO

O SR. MINISTRO **ARY FRANCO** (Presidente e Relator): — Como vê a Turma, afigurou-se a mim que, ao examinar o recurso de revista, o Tribunal de Justiça da Bahia entendeu como incidente uma tese que era diferente. O caso não era de revista, tendo, assim, havido violação do art. 853 do Código de Processo Civil, invocado no recurso admitido pelo despacho que lí à Turma.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

CONHECIDO E PROVIDO, UNANIMEMENTE.

Relator — o Exmo. Sr. Ministro **ARY FRANCO**, Presidente da Turma.

Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro **AFRANIO COSTA** (substituto do Exmo. Sr. Ministro **LUIZ GALLOTTI**, que se acha licenciado).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros **PEDRO CHAVES, GONÇALVES DE OLIVEIRA, CANDIDO MOTTA FILHO E ARY FRANCO**.

CARÊNCIA DE AÇÃO — INTERPRETAÇÃO DO ART. 294 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — O art. 294 do Cód. de Proc. Civil permite que o juiz, no saneador, extinga o processo, com fundamento na prescrição e na falta de legitimatio ad causam.

Rec. Ext. n. 33.185 — Primeira Turma — Relator: Ministro SAMPAIO COSTA

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO *SAMPAIO COSTA* (Relator): — D. Arlinda Medrado Martins moveu contra a "Agrícola de Una S/A." uma ação ordinária para o fim de anular dois instrumentos públicos engendrados por seu marido, Américo Martins, ora falecido: uma procuração que o autorizava a incorporar ao patrimônio da ré o imóvel Iguaçu, de propriedade do casal, e uma escritura de venda a essa emprêsa de uma faixa de terras desmembrada da mesma fazenda.

Fundou a Autora o pedido, principalmente, nos arts. 235, 1, e 239, do Código Civil, acentuando, na inicial, que provàvelmente a ré viria, na contestação, argüir a prescrição da mesma ação nos têrmos do disposto, no art. 178, § 9, letra *a*, do citado Código Civil, mas que tal prescrição não ocorrera, porque interrompida várias vêzes passando a discutir a mesma, face a datas e fatos que invocou e documentos que, desde logo, juntou.

A ré contestou a lide, suscitando em preliminar, como previra a autora, a decadência do direito desta, acrescentando que mesmo considerado como de prescrição o que só admitia para argumentar, o prazo do art. 178, § 9, n. 1, alínea *a*, do Código Civil, estaria excedido o prazo para demandar em tutela do patrimônio alienado.

O Juiz, recebendo a contestação, proferiu o seguinte despacho saneador (lê o despacho de fls.), julgando a autora carecedora da ação, que reputou improcedente.

Inconformada, a autora agravou para o Tribunal de Justiça da Bahia, o qual, por decisão unânime de sua Câmara Cível, confirmou a decisão, nestes têrmos: (lê acórdão de fls. 133/134).

Irresignada, a autora manifestou o presente recurso extraordinário, com apoio no art. 101, III, *a* e *d*, da Constituição Federal, sustentando que o Acórdão em questão feriu o art. 294, II, do Código de Processo Civil, pondo-se em divergência com decisões de outros tribunais, que cita.

Admitido o recurso, foi êle arrazoado nestes têrmos (lê fls. 136/140). A recorrida ofereceu a seguinte contestação (lê fls. 143/149)

E' o relatório.

VOTO

Proposta pela recorrente ação para anular a venda de bens imóveis feita pelo seu falecido marido sem seu consentimento, a recorrida, na contestação, argüiu a decadência e, senão, a prescrição da ação.

Indo os autos ao dr. juiz de 1.ª instância, êste, no despacho saneador, acentuando que no mesmo despacho podia ser decidida qualquer matéria estranha ao mérito da causa, especialmente quando redundasse em julgamento da carência de ação, julgou, de plano, a autora carecedora da ação proposta, de vez que decaíra do direito de pleitear em juízo devido a sua inércia. Acrescentou que, sendo de quatro anos o prazo concedido na lei, a

contar do falecimento do marido, para a autora viúva reivindicar os imóveis por êste alienados (art. 178, § 9, n. 1, *a*, do Código Civil), esta deixara transcorrer êsse prazo sem iniciar a ação respectiva; não fôsse de decadência o prazo previsto no artigo citado, seria de prescrição, já extinto desde 21 de julho de 1952, conforme evidenciado nos autos. Essa decisão foi confirmada pelo acórdão unânime de fls., ora recorrido.

Assim decidindo a justiça baiana, não nos parece que haja violado frontalmente o art. 294, II, do Código do Processo Civil, como pretende a recorrente.

A disposição invocada manda, realmente, que o juiz não pronuncie desde logo o saneador e mande ouvir, dentro de três dias, o autor, permitindo-lhe contra-prova, quando, na contestação, fôr alegado fato nôvo, extintivo do pedido. Assim o faz, para evitar surprêsas do autor e permitir-lhe defender-se da alegação nova de fato. No caso, no entanto, como fêz sentir o juiz ao sustentar a decisão, a alegação de decadência e prescrição não era fato nôvo, trazido pela ré, ora recorrida. A autora, ela própria, na inicial, ventilara largamente a questão, juntando a respeito farta documentação. Pode-se dizer, na espécie, que a preliminar em aprêço foi levantada pela própria autora. Não podia, por isso, alegar surprêsa, nem ser considerado como fato nôvo de que precisasse se defender a autora, que carreara para os autos farta prova, procurando demonstrar a inocorrência da prescrição, pela interrupção.

A hipótese não é evidentemente de decadência, mas de prescrição. Certo que é controvertida a doutrina a respeito da possibilidade de resolver-se, desde logo, no saneador, matéria prescricional e a relativa a *legitimatio ad causam*. A jurisprudência também é conflitante.

Entendo que o art. 294, do Código de Processo Civil, permite que o juiz no saneador extinga o processo, com fundamento na prescrição, na falta da *legitimatio ad causam*. E inúmeros são os acórdãos neste sentido, inclusive dêste Supremo Tribunal Federal (Ac. da 1.ª Turma, na Rev. For., III, pág. 70; Ac. da 1.ª Turma, na Rev. For., 120, 110).

Isso pôsto, conheço do recurso pela letra *d*, mas lhe nego provimento.

D E C I S Ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: UNANIMEMENTE, CONHECERAM DO RECURSO A QUE NEGARAM PROVIMENTO.

Não tomou parte no julgamento o Sr. Ministro NELSON HUNGRIA.

Votaram com o relator (Sr. Ministro SAMPAIO COSTA), os Srs. Ministros AFRANIO COSTA (substituto do Sr. Ministro LUIS GALLOTTI, que se acha em exercício no Tribunal Superior Eleitoral), CANDIDO MOTA FILHO, ARY FRANCO e BARROS BARRETO, Presidente da Turma.

FALÊNCIA. SUA DECRETAÇÃO. 1) Admite-se a ratificação de mandato judicial, mesmo em se tratando de interposição de recursos, enquanto não houver decretação da nulidade resultante da falta de podêres.

2) Tira-se o protesto cambiário no lugar indicado na letra para o aceite ou o pagamento.

3) Não há diferença de formalidades entre o protesto para cobrança e o preparatório da falência.

Rec. Ext. n. 46.618 — Min. VICTOR NUNES LEAL

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos.

BRASÍLIA, 1.º de setembro de 1961 (data de julgamento).

BARROS BARRETO, Presidente.
VICTOR NUNES LEAL, Relator.

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO *VICTOR NUNES LEAL*: — A 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia (f. 213) deixou de decretar a falência de Bahia Turismo S.A. por irregularidade do protesto destinado a caracterizar o estado de insolvência.

Foi essa decisão reformada pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal (f. 270), que deu provimento ao recurso extraordinário de Esso Standard do Brasil (f. 2.7).

Entendeu-se que não houve irregularidade no protesto. Êste não se fizera na Bahia, sede da sociedade devedora, e sim no Rio de Janeiro, porque esta última praça é que estava indicada no título para o aceite. Além disso, a devedora tinha, ou teria tido, representante no Rio. Argumentou-se ainda que o protesto se fêz pela forma ordinária, por carta do oficial, uma vez que se não exige forma especial para o protesto preparatório do pedido de falência. Acrescentou o voto do eminente relator, Min. Luiz Gallotti, que, não tendo sido encontrado o devedor, foi expedido edital de protesto. Estavam, pois, atendidas as formalidades legais e caracterizada a insolvência do devedor. Aliás, êste não requereu, em tempo nenhum, o depósito do valor da dívida, meio eficaz de impedir a decretação da falência, ainda quando visando à discussão da legitimidade da cobrança.

Havia também uma preliminar, suscitada pelos recorridos, e que a 1.ª Turma repeliu. O recurso extraordinário (f. 217) fôra subscrito por advogado sem mandato; o substabelecimento só se juntou aos autos depois de esgotado o prazo para o recurso (f. 226v e 230), quando já se havia formado a coisa julgada.

Disse, a êsse respeito, o eminente relator do acórdão embargado (f. 264): "O ilustre advogado fêz a prova de que tinha mandato; tanto assim que trouxe uma procuração, que está a fls. 231. Eu rejeito, pois, a preliminar..."

Vem a devedora com embargos (f. 271). Insiste na preliminar de que havia coisa julgada, ao ser apresentado o mandato; a ratificação não podia, retroativamente, restaurar o prazo do recurso. Indica, neste sentido, algumas decisões do Supremo Tribunal, que serão referidas mais adiante.

Impugnando a preliminar, argumenta a embargada com os votos vencidos em um dos citados arestos do Supremo Tribunal, os quais admitiram eficácia retroativa à ratificação de mandato judicial. Pondera ainda que o advogado signatário do recurso extrordinário já havia funcionado no julgamento da apelação, sem qualquer protesto da outra parte, circunstância que exclui a hipótese de má fé e revela ter sido êle aceito tàcitamente como mandatário, não podendo essa aceitação ser retirada posteriormente. Já havia passado a ocasião própria para se alegar a nulidade, que é de natureza sanável. Observa, além disso, que o subscritor da petição de embargos não juntou procuração. A prevalecer sua tese, também os embargos não poderiam ser admitidos. A êste último argumento, responde o embargante, em petição junta por linha, que apresentou mandato na assentada do julgamento do recurso extraordinário, não sendo responsável pela não juntada aos autos.

No mérito, diz a embargante que houve equívoco do relator, porque não se publicou edital do protesto. Insiste em que êste deveria ter sido feito em Salvador, ou, caso contrário, deveria ter havido notificação pessoal, ou mediante editais; nunca por carta do oficial, porque o protesto para falência, por sua gravidade, não se confunde com o ordinário, para cobrança. A irregularidade constitui defesa oponível ao pedido de falência, como decidiu o Tribunal da Bahia, cujo pronunciamento pede seja restabelecido.

A embargada (f. 283) apóia-se nas razões da 1.ª Turma e acrescenta que, se o protesto houvesse sido irregular, não se deveria decretar-lhe a nulidade, porque atingiu o objetivo da lei (f. 293): "Com efeito, intimada entre os dias 30 de maio e 2 de junho de 1958, por meio dessas cartas que alega não haver recebido, a embargante, em 6 de junho, fazia a *Declaração à Praça*, de f. 154, afirmando que deixava de pagar os títulos protestados por não haver recebido a mercadoria objeto dos mesmos". Tem assim, cabimento ao caso o art. 273, I, do Cód. Proc. Civil.

V O T O

O SENHOR MINISTRO *VICTOR NUNES* (Relator): — Não posso acolher os embargos, embora tenham sido sustentados com tôda a proficiência.

A questão jurídica de maior relêvo e mais controvertida é, sem dúvida, a preliminar. A embargante acha-se amparada por várias decisões do Supremo Tribunal, no sentido de que a ratificação do mandato judicial não pode produzir seus efeitos depois de transcorrido o prazo dentro do qual se teria de realizar o ato praticado sem podêres.

No processo estão mencionadas as seguintes: R.E. 13.821 (*Dir. Doutr., Leg. e Jur.* 60/235), R.E. 14.577 (idem 67/173), R.E. 11.285 (*R. F.* 112/121), R.E. 36.972 (*R.T.J.* 3/778), R.M.S. 4.526 (*R.T.J.* 4/119), tendo ficado vencidos, neste último julgamento, os Srs. Ministros Vilas Bôas, Cândido Mota, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada.

Há, porém, um precedente, em sentido contrário, relatado pelo Sr. Ministro Abner de Vasconcelos (R. E. 18.164 de 28—4—1952).

Com base neste último aresto e nos votos vencidos, que há pouco mencionei, tive ocasião de manifestar-me, recentemente, pela eficácia retroativa da ratificação de mandato judicial, no R.E. 48.384, de 22—8—61, com o apoio dos eminentes colegas da 2.ª Turma.

Peço permissão para me reportar à argumentação apresentada naquele caso. O citado precedente do R.E. 18.164 e os votos vencidos no R.M.S. 4.526 haviam ponderado que a ratificação de mandato é, por natureza, retroativa. E' êste, realmente, o princípio consagrado pelo art. 1.296, § único, do Cód. Civ., que havemos de acolher como subsídio valioso, na ausência de estipulação proibitiva no Cód. de Proc. Civil. Aliás, o Código processual adota critério perfeitamente coincidente com aquêles, ao admitir a caução *de rato* (art. 110). Acrescentou o legislador: "Os atos praticados *ad referendum* serão havidos como inexistentes, se a ratificação não se realizar no prazo marcado" (Parágr. único). Em outras palavras, retroage a ratificação, desde que venha no prazo.

Que prazo é êste? Não é, a tôda evidência, o prazo para prática do ato processual, porque, em tal oportunidade, por suposto, quem o pratica ainda não tem podêres. O prazo em cogitação é o marcado pelo juiz, ao deferir a caução, como consta do art. 110 *in fine*.

Estamos examinando um problema de representação convencional, mas é análogo o tratamento dispensado pelo Código de Processo Civil à representação legal. O art. 84, depois de declarar "nulos os atos realizados com preterição das formalidades" relativas à representação legal, determina, em seu § 1.º, que o juiz, "em qualquer tempo", considere a "ilegitimidade do representante, marcando prazo razoável, com suspensão do processo, para que sejam integradas as representações".

Como a representação legal tem muitas afinidades com a convencional (devendo exigir-se até maior rigor na sua observância, por ser de ordem pública), é admissível a aplicação analógica do art. 84, § 1.º, para suprimento da falta ou insuficiência de mandato.

Êste argumento parece-me de relêvo, em face do próprio texto legal, que não se refere sòmente à ilegitimidade da representação, mas também "à falta de capacidade processual". A deficiência ou falta de mandato pode estar compreendida, extensivamente, na genérica

falta de capacidade processual, para o fim de ser facultado o seu suprimento no prazo marcado pelo juiz.

Dentro dêsse raciocínio, portanto, não temos de considerar o prazo destinado ao ato praticado sem podêres, mas um prazo *suplementar*, um prazo que, por definição, nos têrmos dos arts. 84, § 1.º, e 110, parágrafo único, pressupõe o término daquêle outro.

Todavia quando o juiz não tiver marcado prazo como ocorre no caso dos autos — não haveremos de permitir a ratificação *ad secula seculorum*. No silêncio da lei, podemos aplicar um princípio da teoria dos atos anuláveis, os quais subsistem até que sejam declarados inválidos (Cód. Civ., art. 152). Podemos, assim, reconhecer a eficácia da ratificação antes de haver decisão que declare a nulidade resultante da falta ou deficiência de podêres.

Parece, salvo melhor juízo, que dêsse modo seremos mais fiéis ao sistema de nulidade do Código de Processo Civil, notòriamente infenso à sua decretação fora dos casos em que seja absolutamente imprescindível.

Não acolho, pois, a preliminar suscitada pela embargante, acrescendo ainda a circunstância, notada nos autos, de já haver o advogado da embargada funcionado anteriormente na apelação, sem mandato, com o assentimento tácito da outra parte. Esta não argüiu a falta, fazendo presumir ausência de prejuizo (arg. do art. 278, § 2.º, do C.P.C.).

Pelas mesmas razões, tenho como ratificada a falta de procuração do próprio advogado da embargante.

No mérito, está o acórdão embargado com a boa doutrina. O art. 28, parágrafo único, da Lei Cambial (2.044, de 31—12—1908), manda tirar o protesto "no lugar indicado na letra para o aceite ou para o pagamento", e o seu art. 29, III, mandando intimar o sacado ou aceitante, não exige intimação pessoal. Também não há na lei, qualquer diferenciação formal no protesto para falência, em confronto com o protesto para simples cobrança. E' certo que a doutrina e a jurisprudência dispensam o protesto para o executivo cambial, mas êste é outro assunto, que, além de não estar em debate, não envolve o problema das formalidades do protesto.

E' certo que não se publicou edital, mas o recebimento das cartas do oficial de protestos é de se presumir da *Declaração à Praça*, de f. 154, onde a devedora se justificou do não pagamento, afirmando não ter recebido as mercadorias.

Estivesse a embargante em condições de saldar o débito, como bem redargüiu o eminente Ministro Luiz Gallotti, porque não requereu depósito para elidir a falência? Sua omissão, a êsse respeito, caracterizou a insolvência, que é a causa real da decretação da quebra.

Diz a embargante que isso não fôra alegado nos autos. Não importa; não se trata de pedido, cuja apreciação *ex-officio* contrariasse o art. 4.º do C.P. Civ., mas de simples argumento de natureza jurídica. Era lícito ao relator aduzí-lo, na fundamentação do seu voto.

Por tais motivos, rejeito os embargos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VILLAS BOAS — Sr. Presidente, devo fazer uma declaração: não admito ratificação no caso de recurso extraordinário, a não ser que se faça essa ratificação no prazo de dez dias, que lhe é fatal. O recurso extraordinário é um recurso estritíssimo senso. A lei o admite, porque a Constituição atribui ao Supremo Tribunal essa competência, para fiscalizar a aplicação da lei federal.

Mas no caso concreto há uma certidão de que êsse advogado havia funcionado perante o Tribunal no agravo, de sorte que, realmente, êle não apresentou o substabelecimento dentro dos dez dias, mas, na verdade, já era advogado da parte. Funcionou perante o Tribunal no debate oral. E' por esta razão que admito. Fico firme, porém, na minha tese de que o recurso pode ser interposto por um advogado que não tenha podêres, mas que deve se habilitar como procurador *ad judicia* nos dez dias de prazo.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, FORAM REJEITADOS OS EMBARGOS.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro BARROS BARRETO.

Relator: — O Exmo. Sr. Ministro VICTOR NUNES.

Não tomou parte, pois não assistiu ao Relatório, o Exmo. Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros PEDRO CHAVES, VICTOR NUNES, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILAS BÔAS, CANDIDO MOTTA, ARY FRANCO, LUIZ GALLOTTI, HAHNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA.

FILHO ADULTERINO. RECONHECIMENTO. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO DEC. N. 4737, de 1942. Sucessão aberta na vigência do Dec. 4737 de 1942, que permite o reconhecimento do filho adulterino, dissolvida a sociedade conjugal pelo desquite.

Rec. Ext. n. 41.488 — Relator: Min. CANDIDO MOTA FILHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de rec. extr. n. 41.488, Bahia, em embargos — João M. Cardoso de Souza Martins, Joaquim Martins Catarino e outros:

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Pleno, receber os embargos por votação unânime, incorporados a êste o relatório e notas taquigráficas.

S.T.F. — 26—8—960.

BARROS BARRETO — Presidente.
CANDIDO MOTA FILHO — Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO *CANDIDO MOTA FILHO* (Relator) — Trata-se de ação de declaração de filiação cumulada com a de petição de dinheiro e títulos de amparo social, apreciada em recurso extraordinário que foi conhecido e não provido pela Colenda 2.ª Turma, na conformidade com o voto do Ministro Ribeiro da Costa que assim se pronunciou:

"O acórdão recorrido está em perfeita consonância com a jurisprudência dêste Tribunal, firmada através dos julgamentos proferidos no recurso extraordinário n. 4367 de Pernambuco, relator o Sr. Ministro Orosimbo Nonato (Rev. dos Trib., vol. 147, pg. 303/16), 19.937 de Minas Gerais, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti (Arq. vol. 107, pg. 297/8) 19155 do Pará, relator o Sr. Ministro Barros Barreto (Arq. Jud., vol. 105, pg. 58/70) e 19959 de Sergipe, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti, (Arq. Jud., vol. III, pgs. 304/5). Tem-se entendido não só em face do Dec. Lei n. 4737, de 25 de setembro de 1942, mais, ainda, sob a vigência da Lei n. 883, de 1 de outubro de 1949, que embora a ação de reconhecimento de filiação adulterina, a ação que visa obter aquêle reconhecimento tem natureza declarativa e a sentença retroage para êsse fim, no dia do nascimento; mas seus efeitos, segundo conceituou o Sr. Ministro Orosimbo Nonato, não atingem a situação dos herdeiros que, únicos no regime da lei anterior, receberam a herança de acôrdo com essa lei, enquanto a virtude retro-operante da sentença tem natural limite no direito adquirido (Rev. dos Tribunais, v. 147, pg. 303). Também com êsse alcance, vale repetir-se, em súmula, a tese de acórdão da E. 1.ª Turma, relator o Sr. Ministro Luiz Gallotti, *verbis*: — "Ação de investigação de paternidade e petição de herança, proposta por filho adulterino *"a patre"*, com fundamento na Lei 883, de 21 de outubro de 1949. Sucessão aberta antes dessa lei. Provimento do recurso extraordinário, em parte, para assegurar ao autor recorrente o direito ao reconhecimento da filiação, embora não lhe assista direito à herança, visto regular-se a sucessão pela lei vigente ao tempo da abertura". (Arq. Jud., vol. 111 pg. 304) É pacífico, por conseguinte, que, se em verdade, a lei nova faculta a investigação de paternidade ilegítima, todavia, na ação se aplica à sucessão aberta antes de sua vigência, por efeito do disposto no art. 1572 e porque há decisões que entram em conflito com a tese do acórdão, merecendo êste, porém, confirmação".

Sustentam os embargos que a jurisprudência invocada não se aplica ao caso em aprêço. E diz a diferença "que os presentes embargos visam destacar é que João Paula Rodrigues, José Miguel Jacob e Manuel Santos Silva faleceram casados, na vigência do Dec.-Lei n. 4737. E o Com. Bernardo Martins Catharino era viúvo de D. Úrsula da Costa Martins Catharino, desde 9 de setembro de 1924".

Poderia então o referido Comendador, viúvo, desde 9 de setembro de 1924, reconhecer voluntàriamente, na vigência do Dec. Lei 4737, de 24 de fevereiro de 1942, o ora embargante como seu filho havido fora do matrimônio.

Ou não poderia fazê-lo porque jamais se desquitara? Poderia o embargante promover contra o Comendador, viúvo, a competente ação para ser reconhecido. No caso afirmativo, o embargante seria, ao tempo de investigação, um herdeiro reconhecível e portanto na forma do art. 1572.

Não se poderia falar, com isso, em direito adquirido.

Os embargos foram impugnados.

E' o relatório.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

POR VOTAÇÃO UNANIME, FORAM RECEBIDOS OS EMBARGOS.

Relator — o Exmo. Sr. Ministro CANDIDO MOTTA FILHO.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro BARROS BARRETO.

Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Ministros NELSON HUNGRIA e ARY FRANCO.

Ausente, por se achar licenciado, o Exmo. Sr. Ministro LUIZ GALLOTTI.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros HENRIQUE D'AVILA (substituto do Exmo. Sr. Ministro ROCHA LAGÔA, que se acha licenciado), GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILAS BÔAS, CANDIDO MOTTA FILHO, HAHNEMANN GUIMARÃES e LAFAYETTE DE ANDRADA.

Ausente, também, justificativamente, o Exmo. Sr. Ministro SAMPAIO COSTA (substituto do Exmo. Ministro RIBEIRO DA COSTA, que se acha licenciado).

DESEMBARGADORES — EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS — AUTOMATICIDADE — COMPETÊNCIA — Os vencimentos dos desembargadores ficam, automàticamente, acrescidos, à simples verificação do aumento, a qualquer título, dos secretários do Estado.

O Tribunal de Justiça é o órgão competente para cumprimento do preceito do art. 124, n. VI, da Constituição Federal, e é (self-executing), não sendo, pois, necessária lei especial. Fazenda do Piauí versus Odorico Jaime de Albuquerque Rosa.

Rec. ext n. 36.230 — Relator: MIN. VILAS BOAS

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n. 36.230, do Piauí, recorrente a Fazenda Estadual e recorrido o Des. Odorico Jaime de Albuquerque Rosa:

Resolve o Supremo Tribunal Federal, pela sua 2ª Turma, conhecer do recurso pela letra d, e negar-lhe provimento, ut notas taquigráficas.

Custas ex lege.

Supremo Tribunal Federal, 16 de dezembro de 1958.

LAFAYETTE DE ANDRADA, Presidente.
A. VILAS BOAS, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VILAS BOAS: O Des. Odorico Jaime de Albuquerque Rosa, alegando que o secretário das Finanças do Estado recebia, do Tesouro, quantia superior à dos vencimentos dos membros do Tribunal de Justiça, requereu que se cumprisse o disposto no art. 124, n. VI, da Constituição.

O governador não deu o despacho solicitado.

O requerente impetrou mandado de segurança a êste Supremo Tribunal, entendendo que era caso de competência originária. Mas assim não foi aqui entendido, sendo os autos remetidos ao egrégio Tribunal de Justiça, para a decisão (fls. 93 e 94).

O writ foi concedido, à unanimidade, em acórdão cuja ementa é:

"Aumentados os vencimentos de um secretário de Estado, automàticamente serão aumentados os dos desembargadores, por fôrça do disposto no art. 154, inc. VI, da Constituição Federal, combinado com o art. 78, número 9, da Constituição estadual".

O recurso extraordinário, manifestado à invocação das letras a, c e d, do permissivo constitucional, traz à acusação de que o v. aresto violou vários dispositivos da Constituição Federal (arts. 124, n. VI, 85, ns. I, II e IV; 7º, n. VII, b, e 144).

Processado o recurso, subiram os autos, a que se juntou o parecer do Excelentíssimo Sr. Dr. Procurador-Geral da República pelo seu provimento.

VOTO

O SR. MINISTRO VILAS BOAS (relator): O Egrégio Tribunal a quo houve por bem verificar que o secretário das Finanças do Estado além dos vencimentos de Cr$10.000,00 (iguais aos dos desembargadores), recebeu, a partir de 1º de fevereiro de 1955, a gratificação mensal de Cr$3.000,00 e, desde 15 de junho, mais Cr$500,00.

E, por isso mesmo, na sua sessão plenária de 11 de agôsto de 1955, acertou que os vencimentos da magistratura estavam automàticamente aumentados.

Houve troca de ofícios entre o presidente do Tribunal e o chefe do Govêrno, sendo pagos, em conseqüência, vencimentos majorados a alguns juízes.

Todavia, foi dada contra-ordem.

É certo que o secretário devolveu as importâncias recebidas a mais, a título de gratificação.

Mas o egrégio Tribunal teve a restituição como irrelevante, verbis: "O aumento de vencimentos da magistratura piauiense, da qual faz parte o impetrante, aumento êsse decorrente, por fôrça de preceito constitucional, da percepção, pelo secretário de Estado das Finanças, das aludidas gratificações é, jurìdicamente, um fato consumado e executado"

Não se entremostra na decisão recorrida a violação denunciada.

O texto, em que baseia a impetração, é claro: "Os vencimentos dos desembargadores serão fixados em quantia não inferior à que recebem, a qualquer título, os secretários de Estado".

A título de gratificação, recebia o secretário das Finanças Cr$3.500,00.

Os desembargadores tiveram, pelo simples fato dêsse recebimento, os seus vencimentos acrescidos dessa importância.

Não se tratava, como parece ao recorrente de uma fixação de vencimentos, objeto de lei especial.

A majoração estava feita.

Tôda a matéria do art. 124 da Constituição de 1946 é self-executing, diz o douto PONTES DE MIRANDA.

Não devia o Tribunal, em face do ordenamento constitucional, manter-se em atitude passiva, à espera de atos declarativos dos outros Podêres.

Agiu, opportuno tempore, chamando o governador ao dever de mandar fazer apostilas nos títulos dos magistrados. Não foi atendido.

Êste pedido de segurança lhe deu ensejo de impor a sua autoridade.

E não há texto ou princípio de que se possa extrair algo contra essa decisão, que é uma solene proclamação da independência do Poder Judiciario do Piauí.

Pôsto repute sem fundamento o recurso, dêle tomo todavia, conhecimento, porque se indica julgado divergente, e nego-lhe provimento

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: conheceram do recurso e lhe negaram provimento. Decisão unânime.

Tomaram parte no julgamento os senhores Ministros VILAS BOAS, relator, AFRANIO COSTA, substituto do Sr. Ministro ROCHA LAGOA, que se acha em exercício no Tribunal Superior Eleitoral, HAHNEMANN GUIMARÃES e LAFAYETTE DE ANDRADA, presidente da Turma.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro RIBEIRO DA COSTA.

INGRESSO NO INSTITUTO DE MÚSICA. A MATÉRIA NÃO SE ENQUADRA EM PEDIDO DE HABEAS-CORPUS.

Rec. H. C. n. 38.365 — Relator: MIN. **CANDIDO MOTA FILHO**

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso de habeas-corpus n. 38.365 — Bahia — Zizete Maria Tito de Oliveira, v. Tribunal de Justiça:

Acordam, em Pleno, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, negar provimento, incorporando a êste o relatório e notas.

S.T.F., 26—4—61.

BARROS BARRETO — Presidente

RELATÓRIO

O Senhor Ministro CANDIDO MOTA FILHO: — Sr. Presidente, neste habeas corpus, o Vice-Presidente do Tribunal da Bahia, Desembargador Santos Cruz, assim despachou:

"A. O presente pedido de **habeas-corpus** tem por finalidade assegurar à impetrante o ingresso no Instituto de Música da Bahia, para ministrar, como catedrática de Piano, as respectivas aulas, cujo direito lhe teria sido reconhecido por decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Despachando requerimento anterior, formulado pela impetrante, mostrei que êste Tribunal era incompetente para conhecer do **habeas-corpus**, dada a qualificação funcional dos indigitados coatores: fiscal federal, presidente e diretora do Instituto de Música da Bahia (Diário da Justiça de 7 de setembro último).

Já agora, invocando o § 2º do art. 654 do Cód. de Proc. Penal, entende a impetrante que a competência dêste Tribunal resulta da circunstância de estar a coação de que se diz vítima, comprovada nos autos do mandado de segurança n. 315/60, referido às egrégias Câmaras Reunidas por aquêle estabelecimento de ensino contra despacho do juiz da 1ª Vara Cível, ordenatório do cumprimento da decisão do Supremo.

Considero inaplicável à espécie o invocado § 2º do art. 654 do Cód. Proc. Penal, não sòmente porque o processo nêle referido há de ser, necessàriamente, de natureza **penal**, como porque o poder para a concessão **ex-officio** de **habeas-corpus** está condicionado à competência estabelecida na Lei de Organização Judiciária.

Quando se tratasse de **habeas-corpus** de competência originária do Tribunal, ainda aí, as Câmaras Cíveis Reunidas não seriam o órgão indicado para concedê-lo, não podendo o processo do mandado de segurança ser deslocado para qualquer das Câmaras Criminais, para aquêle fim.

Ademais, como observa ESPÍNOLA FILHO, não se deve conhecer de **habeas-corpus** quando verificado que se impetra uma ordem para assegurar direito não catalogado na manutenção de liberdade de locomoção (Cód. de Proc. Pen. Bras. Anotado, vol. VIII, pág. 229, § 1.375, 3ª edição).

Já decidiu o Conselho de Justiça dêste Tribunal, em 17 de fevereiro do corrente ano, que "a liberdade a garantir pelo **habeas-corpus** é, exclusivamente, a de locomoção, não sendo lícito estendê-lo à tutela de direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato do pedido" (**hebeas-corpus** da capital n. 5.678).

Os tribunais vêm decidindo que o **habeas-corpus** não é meio idôneo para garantir a liberdade de locomoção para o exercício de emprêgo (cfr. p. ex. REV. FORENSE, vols. CXVII/270 e CXIV/530; REV. TRIB. DE S. PAULO, vols. CLXI/547; CLXXXIII/91 e CCL/578).

Não conheço, pois, liminarmente, do pedido.

Salvador, Bahia, 8 de outubro de 1960.

(a) Santos Cruz."

O Tribunal confirmou o despacho por acórdão de fls. 32, não tomando conhecimento do pedido. Daí a remessa dos autos a êste Tribunal.

É o relatório

VOTO

Nego provimento ao recurso. Trata-se de matéria que escapa ao âmbito do **habeas-corpus** — ingresso da paciente no Instituto de Música da Bahia.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: NEGARAM PROVIMENTO, POR DECISÃO UNANIME.

Presidencia do Exmo. Sr. Ministro BARROS BARRETO.

Relator, o Exmo. Sr. Ministro CÂNDIDO MOTTA.

Ausente por se achar licenciado, o Exmo. Sr. Ministro LAFAYETTE DE ANDRADA.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros VICTOR NUNES LEAL, GONÇALVES DE OLIVEIRA, VILAS BÔAS, CÂNDIDO MOTTA FILHO, ARY FRANCO, LUIZ GALLOTTI, HAHNEMANN GUIMARÃES e RIBEIRO DA COSTA.

EMENTÁRIO

ACIDENTE NO TRABALHO

Os honorários do advogado incluem-se na condenação, de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mansa, tranquila, pacífica, contínua, reiterada, torrencial.

Acórdão da Primeira Turma de 3/7/61.
Recurso Extraordinário n. 46.733, da Guanabara.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO — CARÊNCIA

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A decretação da carência de ação só acarreta condenação em honorários de advogado, quando ocorrerem os pressupostos dos arts. 63 e 64 do Código de Processo Civil.

Ac. da Segunda Turma de 4/7/61.
Mandado de Segurança n. 2.831, de São Paulo.
Relator: Ministro Victor Nunes.

AÇÃO DE DESPEJO.

HONORÁRIOS

Ação de despejo, julgada procedente pela não substituição de fiador reputado inidôneo. Honorários de advogado indevidos.

Ac. da Primeira Turma de 3/3/61.
Recurso Extraordinário n. 48.158, de Guanabara.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO DE DESPEJO.

NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.
VALIDADE.

"Não é inválida a notificação a que alude o § 2.º do art. 15, da Lei n. 1.300 de 1950, quando dela conste a causa justificativa da retomada. Inocorrência de dissídio jurisprudencial".

Ac. da Primeira Turma de 25/5/61.
Agravo n.º 24 712, da Bahia.
Relator: Ministro Pedro Chaves.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

ADULTERINIDADE A MATRE

Investigação de paternidade. Filho adulterino a matre. Carência da ação dêste. Interpretação do art. 1.º da Lei n. 883, de 1949.

Ac. da Primeira Turma de 7/8/61.
Recurso Extraordinário n. 46.838, do Rio Grande do Sul.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

DIREITO À HERANÇA

Investigação de paternidade. O filho ilegítimo, procedente a ação depois de julgada a partilha dos bens deixados pelo paí, não tem direito à herança. Ação fundada na Lei n. 883, de 1949.

Ac. da Primeira Turma de 20/7/61.
Recurso Extraordinário n. 44.732, de Pernambuco.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO PENAL — Anulação por incompetência de juízo — efeitos em relação aos elementos instrutórios.

Anulada a ação penal, por incompetência do juízo, não se tornam imprestáveis os elementos instrutórios em que se baseou a denúncia.

A ratificação da denúncia anterior, pelo promotor da Vara competente, equivale a oferecimento de nova denúncia.

Ac. 19/5/61 — Publ. 5/7/61 — Reclam. 472.
Relator: Ministro Victor Nunes Leal — T. Pleno.

AÇÃO PENAL.

CITAÇÃO EDITAL, NULIDADE

É nula a citação feita por editais quan-

do não precedida de efetiva procura do réu. **Processo anulado "ab initio".**

"Habeas-Corpus" concedido.

Ac. do Tribunal Pleno de 7/6/61.
Petição de "Habeas-Corpus" n. 3.287, de Pernambuco.
Relator: Ministro Pedro Chaves.

AÇÃO PENAL.

RÉU MENOR — CURADOR.

Réu menor. Curador. Não é nulo o processo em que não se deu curador ao réu menor de 21 anos nos inquéritos policiais instaurados para apurar crime de ação pública.

Ac. da Primeira Turma de 28 de setembro de 1961.
Agravo de Instrumento n. 25.356, de Sergipe.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO POSSESSÓRIA.

ALEGAÇÃO DE DOMÍNIO.

1) Posse merecedora de proteção judicial. Versando a ação apenas sôbre a posse, a defesa fundada no domínio há de ser focalizada em outro processo. 2) Não é evidente o domínio da ré, se o autor tem título transcrito.

Ac. da Segunda Turma de 30 de maio de 1961.
Recurso Extraordinário n. 4.495, de São Paulo.
Relator: Ministro Victor Nunes Leal (Relator para o Acórdão).

AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO.

RETOMADA PELO SÓCIO.

Renovação de locação, conhecimento de recurso extraordinário: reconhecendo o fato não pode o juiz negar o direito; aos magistrados não é conferido o arbítrio, para decidir contràriamente à prova, seguindo meras presunções fundadas em construções apriorísticas. A cotista de sociedade comercial, organizada antes do ajuizamento da renovatória, e cujo desenvolvimento está augustiado e constrangido, pelas exíguas dimensões de localização, em sala situada em 7.º andar, não se pode negar retomada de loja de sua propriedade (do cotista) para nela instalar convenientemente a sociedade. A acrescentar a circunstância de que o chefe e principal sócio da firma locatária, autora da renovatória, possui nas proximidades, outra loja alugada a terceiro, a título precário. Se posteriormente vier a verificar-se a insinceridade dos propósitos, responderá o locador pelos danos, indenizações etc. nos têrmos da lei.

Ac. da Segunda Turma de 15/9/61.
Recurso Extraordinário n. 42.202, de Guanabara.
Relator: Ministro Afrânio Costa (substituto do Ministro Rocha Lagoa).

AÇÃO DE REPETIÇÃO.

IMPOSTOS INDIRETOS.

CARÊNCIA DE AÇÃO

Recurso conhecido e provido. O solvens aparente, o intermediário que recolhe tributos indevidos, correspondentes a importâncias já deduzidas ou incluídas nos preços de compra ou de venda por injunção de norma fiscal fundada no princípio da repercussão não tem qualidade jurídica para postular a repetição pois a **condictio indebiti** não pode tornar-se fonte de enriquecimento injusto.

Ac. da Segunda Turma de 18/7/61
Mandado de Segurança n.º 47.382, de Espírito Santo.
Relator: Ministro Villas Bôas.

AÇÃO DE REPETIÇÃO.

IMPÔSTO INDIRETO.

CARÊNCIA DE AÇÃO

Ação de repetição de tributo indireto. — O tributo indireto não é restituível, incorpora-se, no caso, ao preço da mercadoria ao ser revendida. Carência de ação.

Ac. da Primeira Turma de 17/8/61.
Recurso Extraordinário n.º 46.251, de Espírito Santo.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO DE SEGURO.

TRANSPORTE MARÍTIMO.

PRESCRIÇÃO.

Ação de seguro. Transporte marítimo. Não corre prescrição pendendo decisão do Tribunal Marítimo Administrativo sôbre causas do acidente marítimo.

Ac. da Primeira Turma de 29/6/61
Recurso Extraordinário n.º 45.298, de Guanabara.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

AÇÃO RESCISÓRIA.

EXAME DE PROVAS.

Exame das provas que serviram aos julgados rescindendos não é possível em Ação Rescisória. — Improcedência do pedido.

Ac. do Tribunal Pleno de 31/7/61.
Ação Rescisória n.º 331, de Guanabara.
Relator: Ministro Lafayette de Andrada.

ALIMENTOS

São devidos a partir da inicial e não da condenação.

Ac. da Primeira Turma de 27/4/61 — Publ. 26/7/61.
Agravo de Instrumento n.º 23.879.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

ALIMENTOS PROVISIONAIS.

PRISÃO CIVIL.

RECURSO DO DESPACHO QUE A DECRETA.

Não transita em julgado o despacho que fixa alimentos provisionais, e do qual houve agravo no auto do processo, ainda que o obrigado não tenha recorrido do despacho ulterior, que ordenou a prisão civil. Cabimento do "habeas-corpus".

Acórdão da 2a. Turma, de 3/1/61.
Recurso Extraordinário n.º 45.459
Relator: Ministro Victor Nunes.

APOSENTADORIA

193 da Constituição Federal depende de lei. A revisão de proventos prevista no Art. Embargos recebidos.

Ac. do Tribunal Pleno de 19/5/61. — Publ. 26/7/61.
Recurso Extraordinário n.º 42.430.
Relator: Ministro Luiz Gallotti.

APOSENTADORIA

SERVENTUÁRIOS DA JUSTIÇA.
IMPLEMENTO DE IDADE.

Serventuários da Justiça — São funcionários públicos, embora sujeitos a estatuto pessoal. Estão sujeitos a aposentadoria compulsória por implemento de idade — Essa aposentadoria é compatível com a vitaliciedade — Segurança denegada — Recurso desprovido.

Acórdão de 21 de dezembro de 1960
Mandado de Segurança n.º 8.394.
Relator: Ministro Ribeiro Costa — Tribunal Pleno.

AUTARQUIAS FEDERAIS.

ACIDENTE DE TRABALHO.
RECURSO.
TRIBUNAL COMPETENTE.

O julgamento em segunda instância, nos processos de acidente do trabalho em que as autarquias federais sejam interessadas como seguradora, compete à Justiça local. Não se conhece de recurso baseado na letra d, com fundamento em jurisprudência já superada.

Ac. da Primeira Turma de 29 de junho de 1961.
Recurso Extraordinário n.º 44.287, do Rio Grande do Sul.
Relator: Ministro Pedro Chaves.

AVAL DE SÓCIO EM NOME DA SOCIEDADE.

VALIDADE.

Sociedade Comercial. Avalizado por sócio gerente, em nome da firma dentro do estabelecimento. Embora contrariando o contrato, é válida a obrigação cambial contraída com terceiro de boa fé, ressalvada a ação da sociedade contra o sócio. Exclusão de juros e honorários na ação executiva cambial.

Ac. da Primeira Turma de 7 de julho de 1961.
Recurso Extraordinário n.º 47.334, do Rio Grande do Sul.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA.

CARACTERÍSTICAS DÊSSES DELITOS.

Crime de calúnia, difamação e injúria. Não constitui qualquer dêsses delitos a publicação de um edital de protesto judicial feito no órgão oficial, por determinação do Juízo competente.

Acórdão da 2a. Turma, de 5/7/60.
Recurso Extraordinário n. 44.625.
Relator: Ministro Sampaio Costa.

CASA DE PROSTITUIÇÃO

REQUISITO INDISPENSÁVEL
À CARACTERIZAÇÃO DO DELITO.
ART. 229, DO CÓDIGO PENAL.

Crime do art. 229 do Código Penal. "Manutenção de casa de prostituição é indispensável a prova de habitualidade". Se êste não consta de auto de flagrante, a prisão deve ser relaxada sem prejuízo, entretanto,

do ulterior processo penal, em que poderá ser comprovada a existência dêsse elemento de crime.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 11/1/61.
Recurso de Habeas-Corpus n.º 38.220.
Relator: Ministro Nelson Hungria.

COMPETÊNCIA

Ação de acidente no trabalho em que é interessado instituto de previdência.

Acidente no trabalho. Competência do Tribunal de Justiça para julgar o recurso final, nas causas em que é parte Instituto de Previdência, de acôrdo com a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ac. da Primeira Turma de 18/5/61.
Recurso Extraordinário n.º 45.058.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

CONCESSÃO DE LAVRA

REVOGAÇÃO.

Revogação de ato concessivo de pesquisa em conflito com o direito de lavra — Não houve com o ato executivo revogatório a violação de direito líquido e certo.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 9/8/61.
Mandato de Segurança Originário e recurso n.º 8.631, de São Paulo.
Relator: Ministro Ribeiro da Costa.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO.

Desde que um dos juízes que integram o conflito suscitado já decidiu o feito que lhe estava afeto, julga-se prejudicado o conflito.

Ac. do Tribunal Pleno de 21/7/61.
Conflito de Jurisdição n.º 2.658, de São Paulo.
Relator: Ministro Ary Franco.

CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 11, DA LEI N. 3.085, DE 1956 QUE AUTORIZOU A PURGAÇÃO DA MORA EM QUESTÃO DE ALUGUERES.

Ação de despejo. Aplicação do art. 11 da Lei número 3.085, de 1956. Inexistência de questão federal.

Ac. da Primeira Turma de 18/5/61. — Publ. 19/7/61.
Recurso Extraordinário n.º 43.531.
Relator: Ministro Cândido Motta Filho.

CONSTRUÇÃO

DANOS CAUSADOS AO PRÉDIO VIZINHO. RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR.

Danos ocasionados ao prédio vizinho decorrente de construção levada a têrmo em área contígua. Responsabilidade exclusiva do construtor: mormente, tratando-se de firma técnica e financeiramente idônea que eventualmente incidiu em êrro profissional grave. Não é lícito responsabilizar o proprietário que se entremostra isento de culpa quer em **eligendo**, quer em **vigilando**. Exegese justa e adequada do art. 572 do Cód. Civil. Embargos de nulidade e infringentes. Seu recebimento.

Acórdão do Tribunal Pleno de 9/11/60.
Recurso Extraordinário n.º 35.411.
Relator: Ministro Henrique D'Avila.

CUMULAÇÃO DE AÇÕES

ART. 155 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Ação de rescisão de contrato cumulada com perdas e danos. O Juiz deve julgar a controvérsia sôbre a rescisão e sôbre as perdas e danos, não se justificando sejam remetidas as partes para outra demanda, quanto ao último pedido.

Acórdão da Primeira Turma, de 24-7-61.
Recurso Extraordinário n. 47.984, do Rio de Janeiro.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

DEFENSOR

Existência de um só defensor para diversos co-réus — Quando não há incompatibilidade de defesa — "Habeas-Corpus" denegado. Recurso desprovido. Pretende-se a declaração de nulidade de sentença por haver atuado em favor dos co-réus, simultâneamente processados, um só Defensor, por êles próprios escolhidos. Pela orientação tomada (patrão carregando a responsabilidade sôbre o empregado, que não lhe cumprira as instruções, e nenhuma reação dêste contra aquêle), não se reconhece incompatibilidade de defesas, para que se tenha por deficiente a atuação do Advogado em favor do paciente, que é precisamente o empregador.

Ac. do Tribunal Pleno de 7/6/61. — Publ. 5/7/61.
Recurso de Habeas-Corpus n.º 38.427.
Relator: Ministro Villas Bôas.

DEPUTADO

CASSAÇÃO DE MANDATO. COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO.

Deputado. Cassação de mandato. Competência do Judiciário para apreciar o ato da Assembléia Legislativa. O ato de cassa-

ção do mandato de membro do Poder Legislativo só pode ser objeto da censura do Judiciário, quando se ressinta de preterição formal, ou resulte de evidente abuso ou desvio de poder. Indeferimento do mandato de segurança, por não se achar o ato impugnado eivado de tais defeitos.

Ac. do Tribunal Pleno de 9 de agôsto de 1961.
Mandado de Segurança n.º 8.893, de Santa Catarina.
Relator: Ministro Ribeiro da Costa.

DESPEJO

Retomada para uso de sociedade de que faz parte o senhorio. Procedência. Jurisprudência dominante.

Acórdão da Segunda Turma, de 1/8/61.
Recurso Extraordinário n.º 43.293, de São Paulo.
Relator — Ministro Ribeiro da Costa

DESCLASSIFICAÇÃO DE DELITO

Quando não constitui infringência do art. 384, do código de processo penal. Feita a desclassificação na sentença, não tendo havido versão nova dos fatos para fundamentar a condenação, nenhum prejuízo resultou para a defesa, embora não se lhe tenha aberto nôvo prazo

Ac. do Tribunal Pleno de 14/6/61. — Publ. 5/7/61.
Pet. de Habeas-Corpus n.º 38.020
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

DESQUITE

Julgada procedente a ação, não responde o cônjuge culpado por honorários de advogado. Inaplicação do art. 64 do Código de Processo Civil

Acórdão da Primeira Turma, de 27/7/61
Recurso Extraordinário n.º 48.134, de Pernambuco.
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

DESQUITE AMIGÁVEL

PENSÃO ALIMENTAR À ESPÔSA

Desquite amigável. Nêle, não é obrigatória a cláusula sôbre pensão alimentícia de um cônjuge a outro. O art. 404 do Código Civil refere-se aos que se acham unidos por laço de parentesco. Daí não poder um cônjuge, no acôrdo de desquite, eximir-se de contribuir para o outro, em cuja guarda ficaram os filhos, com a quota necessária à sua educação e manutenção. Direito a alimentos tem-no mulher na vigência do matrimônio. Homologado o acôrdo, sem que neste se estipule pensão à mulher, a circunstância de vir ela a necessitar de alimentos posteriormente não obriga o ex-cônjuge a prestá-los, salvo se a renúncia da espôsa aos alimentos assentou em êrro da sua parte ou em dolo da parte do marido, caso em que lhe cabe ação para anular o ato assim eivado de nulidade. Outra é a solução, entretanto, se a sentença homologatória do desquite amigável expressamente ressalvou à mulher o direito de, futuramente, demandar o marido por alimentos de que viesse a necessitar.

Ac. da Primeira Turma de 17/8/61
Recurso Extraordinário n.º 46.906, de Guanabara
Relator — Ministro Luiz Gallotti

EFETIVIDADE

ESTABILIDADE

Não pode a lei ordinária, para efeito de efetividade e estabilidade, dispensar concurso quando êste é exigido por preceito constitucional. Segurança negada.

Acórdão do Tribunal Pleno de 26/2/61
Mandado de Segurança n.º 8504
Relator — Ministro Luiz Gallotti

ENFITEUSE

Instituição anterior ao código civil. Relevação do comisso. Inexistência de registro no registro de imóveis. Agr. de instrumento, enfiteuse instituída em 1884, antes do Cód. Civil, portanto. Acentua o acórdão, invocando a doutrina que sòmente nos contratos posteriores à vigência do atual Código não se admitia a relevação do comisso. Falta de inscrição do ônus real no Registro Público. Desprovimento do agravo.

Ac. da Primeira Turma, de 19/1/61
Agravo de Instrumento n.º 23.855
Relator — Ministro Sampaio Costa

ENTORPECENTES

CRIME DO ART. 281 DO CÓDIGO PENAL.

Não o configura o trazer alguém consigo substância entorpecente só para seu uso. No caso, porém, o acórdão condenatório afirma constar dos autos que o paciente é traficante de maconha. Impossível, assim, a concessão do habeas-corpus.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 2/8/61
Petição de Habeas-Corpus n.º 38.580, de São Paulo.
Relator — Ministro Luiz Gallotti

ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO

Lei pernambucana que mandava contar o tempo de serviço prestado aos municípios e autarquias, declarada inválida pelo Supremo Tribunal. Impossível a soma com base no princípio legal de que a estabilidade é no serviço público, e não no cargo.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 28/7/61
Recurso Extraordinário n.º 44.388, de Pernambuco.
Relator — Ministro Victor Nunes

AÇÃO DE USUCAPIÃO

Aplicação da Lei n.º 2.437, de 1955, que encurtou o prazo prescricional de 30 para 20 anos. Civil do Tribunal de Alçada para volta dos autos à 3.ª Câmara, apreciar o mérito da apelação afastada a questão da lei citada.

Ac. da Primeira Turma de 6/7/61
Recurso Extraordinário n.º 47.802, de São Paulo
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

ESTELIONATO E CORRUPÇÃO ATIVA

INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, EM TESE, NA IMPUTAÇÃO CONJUNTA DOS DOIS DELITOS.

Não há contradição, em tese, na imputação conjunta dos crimes previstos nos artigos 207 (estelionato) e 233 (corrupção ativa) do Código Penal Militar. A quitação administrativa, sobretudo quando baseada em medição que mais tarde se apurou ter sido fraudada, não elide o processo de estelionato. Conforme a natureza do crime, a exclusão de alguns dos coautores não inocenta os demais.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 11/1/61
Recurso de Habeas-Corpus n.º 38.216
Relator — Ministro Victor Nunes

EXAME DE SANIDADE

PERITOS DESIGNADOS PELO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

O exame de sanidade mental por médicos designados pelo Juiz, onde não haja manicômio Judiciário, não constitui nulidade. (Cód. Proc. Penal, art. 150).

Acórdão da 2.ª Turma, de 3/1/61
Agravo de Instrumento C. n.º 23.331
Relator — Ministro Victor Nunes

EXECUTIVO CAMBIAL

Recurso não conhecido. Executivo cambial julgado procedente em parte com exclusão da cláusula de juros inserta na letra e recusa de honorários de advogado. O demandado foi o avalista. Aval não é forma de fiança; é garantia específica, que não se estende à obrigação de pagar juros de mora, à taxa estipulada no próprio título (Lei n.º 2.044, art. 44), mormente se verifica que o lançamento se fêz depois da assinatura do obrigado. Honorários de advogado não são devidos, quando a resistência do devedor se justifica em face do excessivo pedido do credor. Jurisprudência imprestável para confronto. Recurso não conhecido.

Acórdão da Segunda Turma, de 8/8/61
Recurso Extraordinário n.º 48.088, do Rio Grande do Sul
Relator — Ministro Vilas Boas

FIANÇA

Prorrogado o contrato pelas leis de inquilinato, há jurisprudência no sentido de que a fiança não se prorroga, salvo cláusula contratual expressa. Na hipótese, o contrato só continuava a obrigar o fiador no caso de continuar o locatário a residir no prédio, finda a locação. Recurso conhecido e provido para julgar-se improcedente a ação de cobrança.

Ac. da Primeira Turma, de 29/5/61. Pub 26/7/61.
Recurso Extraordinário n.º 46.560
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

FILIAÇÃO ADULTERINA

RECONHECIMENTO INVÁLIDO.

O Decreto-lei número 4.737, de 1942, e a Lei número 883, de 1949, não convalidam reconhecimento de filho adulterino realizado anteriormente, quando a lei o vedava.

Ac. da Segunda Turma, de 23/5/61
Agravo de Instrumento n.º 24.467, da Bahia.
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

CRIAÇÃO DE CARGOS. INCOMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO.

Recurso conhecido e provido em têrmos. O Poder Judiciário não cria cargos, não comina preceito ao Legislativo para criá-los e muito menos impõe ao Executivo que faça provimento em serventias inexistentes preservado direito do servidor estável, cujo cargo se extingue, incumbe à Justiça, no máximo, assegurar ao mesmo, em disponibilidade, as vantagens pecuniárias correspondentes aos vencimentos integrais até o seu definitivo aproveitamento, de acôrdo com a regra do art. 189, parágrafo único, da Constituição Federal. Suprimida uma categoria funcional e criada outra em dois graus, sem lugares suficientes para a lotação de todos os funcionários com garantia de estabilidade, em condições iguais, não é possível a expedição de um decreto judicial de promoção dos prejudicados, porque a tanto não opera a norma constitucional de paridade. Nulidade da decisão que desprezou o princípio exposto, para que se profira outra em que a demanda seja considerada e resolvida como foi proposta e contestada.

Ac. da Segunda Turma, de 4/8/61.
Recurso Extraordinário n.º 46.794, de Pernambuco
Relator — Ministro Vilas Bôas

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

DEMISSÃO. INDEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES PENAL E DISCIPLINAR.

Funcionário público. Demissão. Não depende esta de condenação criminal, pois as duas esferas, a disciplinar e a penal, são distintas e, em regra, independentes: o mesmo fato pode não ser suficiente para autorizar uma condenação criminal e, no entanto, ser bastante para justificar uma pena disciplinar,

como é a demissão. Acresce que no caso, o impetrante foi condenado. O fato de ter o impetrante obtido a suspensão condicional da pena (sursis) não lhe aproveita no caso, pois o sursis apenas suspende a pena de prisão, não se estendendo às penas acessórias (Código Penal, art. 57 e seu parágrafo único). Segurança negada.

Ac. do Tribunal Pleno, de 9/8/1961.
Mandado de Segurança n.º 8.369, do Distrito Federal

Relator — Ministro Luiz Gallotti

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

PARIDADE DE VENCIMENTOS.
CANCELAMENTO POR LEI POSTERIOR.

Funcionário público. A paridade de vencimentos, dada por uma lei, pode ser cancelada por outra. R. E. conhecido e desprovido.

Ac. da Segunda Turma, de 29/8/61

Recurso Extraordinário n.º 48.185, de
Relator — Ministro Ribeiro da Costa

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

TEMPO DE SERVIÇO.

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal, só se pode somar tempo de serviço público prestado a entidades diversas para aposentadoria e disponibilidade.

Ac. da Segunda Turma, de 29/8/61

Recurso Extraordinário n.º 45.148, de Paraná.
Relator — Ministro Victor Nunes

HABEAS-CORPUS

Impossível, em habeas-corpus, o trancamento do processo, quando, em tese, constitui crime o fato narrado na denúncia.

Ac. do Tribunal Pleno, de 7/6/61

Recurso de Habeas-Corpus n.º 38.431, de São Paulo.
Relator — Ministro Lafayette de Andrada

HABEAS-CORPUS

REITERAÇÃO DE PEDIDO.

Habeas-Corpus. O pedido pode ser reiterado e mesmo com idêntico fundamento. Ausência de qualquer coação ilegal. Recurso desprovido.

Ac. do Tribunal Pleno, de 21/6/61

Petição de "Habeas-Corpus" n.º 38.499, de São Paulo
Relator — Ministro Lafayette de Andrada

HERDEIRO

OCUPAÇÃO DE PRÉDIO DO ESPÓLIO.

Condomínio e comunhão hereditária. Herdeiro que ocupe prédio do espólio deve pagar o preço da ocupação. Recurso não conhecido.

Ac. da Segunda Turma, de 29/8/61
Recurso Extraordinário n.º 48.520, de Rio de Janeiro.
Relator — Ministro Lafayette de Andrada

HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

CONTRATO COM O INVENTARIANTE HOMOLOGADO PELO JUIZ.

Inventário. Honorários de advogado contratado pelo inventariante, homologados pelo Juiz, inclui-se no passivo da herança, inclusive para fins tributários, de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ac. da Primeira Turma de 22/6/61. Publ. 26/7/61
Recurso Extraordinário n.º 45.018
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

ART. 63 DO CÓD. PROC. CIVIL.

Não dependem de pedido da parte.

Acórdão da Segunda Turma, de 25/7/61
Agravo de Instrumento n.º 25.091, da Guanabara.
Relator — Ministro Victor Nunes.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O que o Art. 64 do Código de Processo Civil prevê é a condenação do Réu ao pagamento dos honorários do advogado do autor.

Acórdão da Primeira Turma, de 17/11/60
Recurso Extraordinário n.º 45.535
Relator — Ministro Luiz Gallotti

IDENTIDADE PROCESSUAL

Em julgamento coletivo não se aplica o art. 120 do Cód. Proc. Civil, que exige a identidade física do Juiz. A Lei n.º 605, de 5 de janeiro de 1949, não se aplica a vendedor pracista.

Acórdão da Primeira Turma, de 13/7/61
Recurso Extraordinário n.º 47.303, de São Paulo.
Relator — Ministro Ary Franco

IMPÔSTO

LIMITAÇÃO DA ALÍQUOTA PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.
INAPLICABILIDADE AOS MUNICÍPIOS.

O art. 42 da Constituição da Paraíba, que impede o aumento de impôsto além de 20%

valor, ao tempo da majoração, não se aplica aos Municípios, cuja competência tributária, garantida na Constituição Federal (art. 28, II, a), não pode ser limitada pelas constituições ou leis dos Estados.

Ac. da Segunda Turma, de 1/8/61
Recurso Extraordinário n.º 26.157, de Paraíba.
Relator — Ministro Victor Nunes

IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES

Aumento decretado por lei posterior ao orçamento e anterior ao início do exercício financeiro. Validade do aumento do impôsto de vendas e consignações decretado por lei paulista posterior ao orçamento e anterior ao início do exercício financeiro em que se fêz a cobrança.

Ac. do Tribunal Pleno de 9/6/61. — Publ. 26/7/61.
Rec. Mandado de Segurança n.º 8.153
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

IMPÔSTO DE INDÚSTRIAS E PROFISSÕES

MOVIMENTO ECONÔMICO.

Impôsto de indústrias e profissões. Legitima a tributação, instituída com base no movimento econômico da emprêsa. Jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ac. do Tribunal Pleno, de 9/8/61

Mandado de Segurança n.º 8.416, de Pernambuco.
Relator - Ministro Gonçalves de Oliveira

INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO

EFEITOS DA DECRETAÇÃO.

Julgamento extra-petita. Decretada a incompetência de Juízo, não cabe ao Tribunal ad quem, suprimindo uma instância, concluir pelo exame do mérito da causa. Recurso Extraordinário. Conhecido e provido.

Ac. da Segunda Turma, de 1/8/61
Recurso Extraordinário n.º 48.285, de Goiás.
Relator — Ministro Ribeiro da Costa

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

NÃO APLICAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DA LEI QUE ASSIM CONSIDERA. LICITUDE.

Mandado de segurança. Denegação. Inconstitucionalidade da Lei n.º 10, de 18-2-59. Lícito é ao poder público deixar de aplicar lei que considera inconstitucional e no sentido de decretação da inconstitucionalidade representar a quem de direito.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 4/1/61
Rec. Mand. de Seg. n.º 8.181
Relator — Ministro Ribeiro da Costa

INVENTÁRIO

REAVALIAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS PARA EFEITO DE ADJUDICAÇÃO. ART. 1.775, DO CÓDIGO CIVIL.

Notória a elevação do valor dos imóveis a reavaliação do que foi avaliado em 1956 para efeito de adjudicação a herdeiros agora requerida, que se ajusta ao art. 1.775 do C.C., é providência, não desafiando recurso extraordinário a decisão respectiva.

Acórdão da Segunda Turma, de 22/11/60
Rec. Extr. n.º 46.358
Relator — Ministro Vilas Boas

INVENTÁRIO NEGATIVO

RECURSO CABÍVEL.

É recorrível a decisão que indefere pedido de inventário negativo, incluída que está entre as que indeferem petição inicial. Orientação da jurisprudência quanto ao recurso cabível. Enquanto a maioria dos julgados aponta o agravo de petição, algumas decisões concluem pela propriedade de apelação, quando a razão de decidir é pertinente ao mérito do pedido.

Ac. da Segunda Turma, de 29/8/61
Recurso Extraordinário n.º 47.333, de Pernambuco.
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

J U I Z

IDENTIDADE FÍSICA.
ÓRGÃO COLEGIADO.

Em colegiado, não há o problema da identidade física do juiz, a que alude o art. 120 do Código de Processo Civil. Não se anula julgamento em que tenha tomado parte juiz impedido, que não foi relator ou revisor e subsista a maioria na proclamação do vencido.

Ac. da Primeira Turma, de 7/8/61
Recurso Extraordinário n.º 48.305, do Rio Grande do Sul
Relator — Ministro Ary Franco

JUROS MORATÓRIOS

FAZENDA PÚBLICA

Juros moratórios. Só são devidos a partir da sentença condenatória com trânsito em julgado. Lei n.º 22.785, de 1933. Recurso conhecido e provido.

Ac. da Segunda Turma, de 16/5/1961
Recurso Extraordinário n.º 46.057, de Rio Grande do Sul
Relator - Ministro Lafayette de Andrada

LOCAÇÃO

AÇÃO RENOVATÓRIA. RETOMADA.

Uso do imóvel em ramo proibido pela lei. A indenização visa a infração posterior à concessão da retomada. Se, entretanto, se torna

patente, antes desta, a incompatibilidade do uso pretendido, impõe-se ao Juiz o dever de obstar o ilícito, negando a retomada.

Acórdão da Primeira Turma, de 24/7/61
Recurso Extraordinário n.º 47.578, da Guanabara
Relator — Ministro Luiz Gallotti

LOCAÇÃO

LEI DO INQUILINATO.
INAPLICABILIDADE ÀS CLÁUSULAS CONTRATUAIS.

A Lei do Inquilinato visou resguardar o inquilino contra a arbitrariedade dos aumentos e não contra as condições e cláusulas contratuais.

Acórdão da 1.ª Turma, de 20/8/59
Recurso Extraordinário n.º 42.432, de São Paulo
Relator — Ministro Cândido Motta Filho

LOCAÇÃO

VENDA DE IMÓVEL.
FIADOR.

Locação. Venda do imóvel. Subsistência da locação com o adquirente. Responde o fiador, perante êste, pelas obrigações assumidas até à entrega das chaves.

Ac. da Segunda Turma, de 8/8/61
Agravo de Instrumento n.º 25.130, da Guanabara
Relator — Ministro Victor Nunes

LOCAÇÃO COMERCIAL

Não tem direito à renovação o locatário que cessou de comerciar.

Acórdão da Primeira Turma, de 13/7/61
Recurso Extraordinario n.º 47 920, de São Paulo.
Relator — Ministro Ary Franco

LOCAÇÃO COMERCIAL

PURGAÇÃO DA MORA.
INADMISSIBILIDADE

Renovação de locação. A purgação da mora não é admitida nas locações regidas pelo Decreto n.º 24.150, de 1934.

Ac. da Primeira Turma, de 20/7/1961.
Recurso Extraordinário n.º 47.854, do Rio de Janeiro
Relator - Ministro Gonçalves de Oliveira

MANDADO DE SEGURANÇA

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Mandado de segurança. Litisconsórcio necessário. Medida requerida contra promoção de funcionários indicados na inicial. Conversão do processo em diligência para citação dos litisconsórtes passivos.

Ac. do Tribunal Pleno, de 14/6/61
Mandado de Segurança n.º 7.563, de Guanabara
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

MANDADO DE SEGURANÇA

LEI FORMAL E MATERIAL.

Mandado de segurança. Não cabe contra a lei em tese. Quando se trata de lei "material" (contra lei "formal", relativa a determinada pessoa, é que pode caber a impetração de segurança), ou quando se trata de decreto "normativo" (que até, não raro, entre nós, surge surpreendentemente, como se lei fôsse), o pedido de segurança é inadmissível contra a lei ou o decreto, sòmente cabendo contra os atos administrativos de aplicação dela ou dêle. E a norma de competência judiciária que, no tocante ao "mandado de segurança", atende à hierarquia da autoridade responsável pelo ato impugnado como ilegal (as ações são ajuizadas na primeira instância, seja qual fôr a autoridade que praticou o ato), há de fixar-se assim: ter-se-á em vista, não a autoridade de quem emanou a lei ou o decreto normativo aplicados e sim a autoridade que os aplicou.

Ac. do Tribunal Pleno, de 16/8/61
Mandado de Segurança n.º 8.712, do Distrito Federal
Relator — Ministro Luiz Gallotti.

MANDADO DE SEGURANÇA

SEQÜESTRO.

Mandado de Segurança para fazer cessar seqüesro decretado contra quem, não parte no processo, tem título de propriedade transcrito.

Ac. do Tribunal Pleno de 22/9/61.
Mandado de Segurança n.º 9.106, de Santa Catarina.
Relator: Ministro Victor Nunes Leal.

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO.

INADMISSIBILIDADE.

Não cabe mandado de segurança para obstar a execução, quando o impetrante deixou transitar em julgado a decisão exeqüenda.

Ac. do Tribunal Pleno de 28/6/61.
Mandado de Segurança n.º 8.642, de Guanabara.
Relator: Ministro Victor Nunes.

MANDADO DE SEGURANÇA.

ATO JUDICIAL.

Recurso de Mandado de Segurança. Não provimento. Descabe o writ contra ato judicial a que é oponível recurso expresso em lei.

Ac. do Tribunal Pleno de 26/7/61.
Mandado de Segurança n.º 8.676, de São Paulo.
Relator: Ministro Ribeiro da Costa.

MANDADO DE SEGURANÇA

Propositura posterior de ação ordinária com o mesmo objetivo. Não se conhece de mandado de segurança, quando, com os mesmos objetivos, propôs o impetrante ação ordinária

Aç. do Tribunal Pleno de 12/6/61. — Publ. 26/7/61.
Recurso M. Segurança n.º 7199.
Relator: Ministro Victor Nunes Leal.

MILITAR

Polícia Militar. A lei federal n. 1.156, de 12 de junho de 1950, beneficia os militares das fôrças armadas, que prestaram serviços na guerra, não se aplica aos componentes das polícias dos estados, salvo às do antigo Distrito Federal, custeadas pelos cofres públicos federais.

Ac. da Primeira Turma de 18/5/61. — Publ. 26/7/61.
Rec. Extraordinário n.º 45.364.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

MUNICÍPIO

Requisitos para seu desmembramento. Inconstitucionalidade de lei que soma votação plebiscitária de distritos diversos.

Ac. do Tribunal Pleno de 25/7/60. — Publ. 19/7/61.
Representação n.º 423.
Relator: Ministro Sampaio Costa.

NOTA PROMISSÓRIA.

JUROS. PACTO ADJECTO

Recurso denegado; agravo desprovido. — Cobrança de multa e juros, estipulados em pacto anexo à promissória. — Possibilidade, se a causa segue o rito ordinário, mesmo que não haja subscrição de duas testemunhas (exigência do art. 135 do Código Civil e não do Código Comercial).

Ac. da Segunda Turma de 12/9/61.
Agravo de Instrumento n.º 25.462, de Minas Gerais
Relator: Ministro Vilas Bôas.

OUTORGA UXÓRIA

Promessa de venda de imóvel — necessidade do consentimento da mulher casada.

Uma promesa formal de venda de imóvel que envolve a responsabilidade da mulher, deve ter seu consentimento.

Ac. da Primeira Turma de 26/6/61. Publ. 19/7/61.
Rec. Extraordinário n.º 47.659.
Relator: Ministro Cândido Motta Filho.

POSSE

REINTEGRAÇÃO

Indenização de benfeitorias. Direito de opção entre o valor atual e o de custo. Art. 519 do Código Civil. Êsse artigo, quando concede a opção questionada, admite uma valorização, em que se tornam diferentes o custo e o valor atual, mas não distingue entre os motivos dessa valorização, nada importando, assim, que esta decorra da desvalorização da moeda, como geralmente ocorre.

Acórdão da 1.ª Turma, de 10/11/60
Recurso Extraordinário n.º 44.546
Relator — Ministro Luiz Gallotti

PRESCRIÇÃO

Alegação na instância de recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de prescrição. Recurso extraordinário não conhecido por ter apreciado fatos a decisão recorrida e não indicar o recorrente a disposição legal violada ou acórdãos divergentes, não obstante o provimento do agravo de instrumento, onde se discutiu apenas sôbre isonomia. É certo que a prescrição pode ser alegada em qualquer tempo, mas na instância ordinária, não, assim, no recurso extraordinário, se não houve o prequestionamento.

Ac. da Primeira Turma de 18/5/61. Publ. 19/7/61
Recurso Extraordinário n.º 45.150
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

TRANSAÇÃO EFETUADA COM AUTARQUIA. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA.

Imóvel adquirido por autarquia. Revenda a seus associados. Decretos 20.175 e 27.417, de novembro de 1949. Isenção do art. 31, n.º V, alínea a, da Constituição Federal. Recurso conhecido e provido.

Acórdão da 2.ª Turma, de 8/7/1960
Recurso Extraordinário n.º 43.517
Relator — Ministro L. de Andrada

PROMESSA DE VENDA

OUTORGA DA ESCRITURA DEFINITIVA.

Imóvel loteado. Outorga compulsória da escritura definitiva de compra e venda. Validade do registro imobiliário da promessa, concluído na pendência da ação, mas requerido muito antes da sua propositura, sendo a demora resultante de exigência do oficial.

Ac. da Segunda Turma de 25/8/61.
Agravo de Instrumento n.º 25.346, de Guanabara
Relator — Ministro Victor Nunes Leal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

QUESTÃO OMITIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO.
LOCAÇÃO COMERCIAL.

1) Não se dá seguimento a recurso extraordinário não devidamente fundamentado. 2) Não ofende o Decreto 24.150, conceder retomada para edificação mais útil. 3) Questão omitida no acórdão recorrido não pode ser inovada no recurso extraordinário.

Ac. da Segunda Turma, de 25/7/1961
Agravos de Instrumento n.º 25.082, de Minas Gerais
Relator — Ministro Victor Nunes.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

SEU DESPROVIMENTO.

Juros compostos; quando não são admissíveis. Dano moral; não é ressarcível perante o nosso direito.

Acórdão do Tribunal Pleno, de 13/8/59
Recurso Extraordinário n.º 42.723, de Minas Gerais
Relator — Ministro Nelson Hungria.

RESPONSABILIDADE CIVIL

APÓLICE DE SEGURO e CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIIDADE. PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES CONTRATUAIS ATRASADAS.

Recurso desprovido. Cláusula de restrição de responsabilidade, impressa no verso de apólice de seguro. Sua invalidade em razão dos próprios têrmos da sua redação. Uma reabilitação, valendo purga de mora apenas, com pagamento de prestações atrasadas e juros, significa o integral convalescimento do contrato, a vigorar desde a sua data.

Ac. da Segunda Turma, de 1/8/61
Recurso Extraordinário n.º 47.991, da Bahia
Relator — Ministro Vilas Bôas.

RESPONSABILIDADE CIVIL

INDEPENDÊNCIA DA CRIMINAL.

Sentença absolutória criminal, por inexistência de culpa. Não repercussão no cível. Culpa do preposto e presumida da preponente. Concorrência de culpa da vítima. Indenização só devida pela metade. Recurso parcialmente providos.

Ac. da Segunda Turma, de 13/6/61. Publ. 5/7/61.
Agravo de Instrumento n.º 24.524
Relator — Ministro Ribeiro da Costa

RECLAMAÇÃO

Fim específico do procedimento. A reclamação não é meio de reforma de julgados e sim medida de exceção, simples remédio de disciplina da Magistratura.

Ac. da Primeira Turma, de 25/5/61. Publ. 19/7/61
Agravo de Instrumento n.º 24.235
Relator — Ministro Cândido Motta Filho

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

NÃO CABIMENTO QUANDO HÁ RELAÇÃO EX LOCATO.

Ação de reintegração improcedente. Havendo relação ex-locato não é cabível a reintegratória. Agravo desprovido.

Ac. da Primeira Turma, de 27/4/61. Publ. 19/7/61
Agravo de Instrumento n.º 24.043.
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira.

REVISÃO DE ALUGUEL

Data da vigência do novo aluguel. Locação. Ação de revisão de aluguel. O nôvo aluguel é devido desde o arbitramento, de acôrdo com a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ac. da Primeira Turma, de 26/6/61. Publ. 26/7/61
Recurso Extraordinário n.º 45.490
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

REVISÃO DE ALUGUERES

Procedente a ação, o nôvo aluguel deve correr do arbitramento da apresentação do último laudo, segundo entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Harmonizando as duas correntes, a que julgava o aumento devido desde a inicial e a que sòmente o entendia devido após o trânsito em julgado da sentença.

Ac. da Primeira Turma, de 25/5/61. Publ. 19/7/61
Recurso Extraordinário n.º 46.288
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira.

REPUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Publicado, embora com êrro no que diz respeito a ser unânime a decisão. Não se republica o acórdão. Se baixarem os autos à instância inferior e dêle caberia Recurso Extraordinário. Não interposto.

Ac. da Primeira Turma, de 20/4/61.
Publ. 26/7/61
Recurso Extraordinário n.º 46.591
Relator — Ministro Gonçalves de Oliveira

RENOVAÇÃO DE LOCAÇÃO.

Purgação da mora. Não se concede esta nos contratos regulados pelo Decreto n. 24.150, de 1934. Recurso de revista. Não é obrigatória sua interposição para manifestação do recurso extraordinário.

Ac. da Primeira Turma de 20/4/61. Publ. 26/7/61.
Recurso Extraordinário n. 46.451
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

REVISÃO DE ALUGUEL.

Data de vigência da majoração. Locação. Revisão de aluguel. O novo aluguel deve ser pago a partir do arbitramento, da entrega do último laudo, de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal, harmonizando as duas correntes, a que entendia devido o novo aluguel a partir da inicial e a que o considerava devido a partir do trânsito em julgado da sentença.

Ac. da Primeira Turma de 29/5/61. Publ. 26/7/61.
Recurso Extraordinário n. 47.006.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira

SOCIEDADE COMERCIAL.

Dissolução por morte de um dos sócios —

Apuração de haveres. Morte do sócio. Não havendo balanço reconhecido pelo morto procede-se à apuração de haveres.

Os lucros e perdas sociais apura-se até à data da morte. Daí por diante como os herdeiros não são sócios mas credores, os lucros cessantes a que têm direito, regulam-se pelas normas legais relativas a juros moratórios. (Código Civil, arts. 1.061 e 1.536, § 2.º).

Ac. do Tribunal Pleno de 19/6/61. Publ. 26/7/61.
Recurso Extraordinário n. 29.331.
Relator: Ministro Victor Nunes Leal

S U R S I S

Não tem direito a êsse benefício o réu que na data da sentença já conta mais de 21 anos. Extraordinário recebido e provido.

Acórdão da 2.ª Turma, de 5/7/60.
Recurso Extraordinário n. 44 615.
Relator: Ministro Sampaio Costa

S E G U R O.

DÚVIDA QUANTO AO BENEFICIÁRIO

Ação Consignatória. O Cúmplice do adultério não pode ser, pelo outro, instituído beneficiário do seguro concordando as partes. Essa questão pode ser decidida em consignatória, movida pelo segurador contra a espôsa e a concubina.

Acórdão da 2.ª Turma, de 10/1/61.
Agravo de Instrumento n. 24 125
Relator: Ministro Victor Nunes.

TESTAMENTO.

TESTEMFUNHA INSTRUMENTÁRIA. IMPEDIMENTO ART 1.650, DO CÓDIGO CIVIL.

Apenas o legatário e não seu parente próximo, é impedido de servir como testemunha instrumentária do testamento. Interpretação do art. 1.650, do C.C. Recurso Extraordinário rejeitado. Agravo desprovido.

Acórdão da 2.ª Turma, de 10/1/61.
Agravo de Instrumento n. 24.103.
Relator: Ministro A. Vilas Boas.

T R I B U T O.

AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.

Desde que o orçamento anual respectivo não faça remissão à taxa, não pode ser a mesma cobrada.

Ac. da Primeira Turma de 29/6/61.
Recurso Extraordinário n. 40.724. de Alagôas.
Relator: Ministro Ary Franco.

VALOR DA CAUSA.

Ação de consignação. Não tendo sido dado valor à causa e como os depósitos somam a mais de Cr$ 20.000,00, não se pode dizer que da sentença não caiba apelação e sim apenas infringentes. Recurso não conhecido.

Ac. da Primeira Turma de 29—5—61. Publ. 26/7/61
Recurso Extraordinário n. 47 022.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE.

PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE NULIDADE

Venda de ascendente a descendente sem consentimento dos demais descendentes. Art. 1.132 do Código Civil. O prazo de prescrição

só pode ter início quando surge o direito do herdeiro, quando se abre a sucessão do vendedor. Jurisprudência do Supremo Tribunal.

Ac. da Primeira Turma de 29 de junho de 1961.
Recurso Extraordinário n. 46.282, de São Paulo.
Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira.

IMPÔSTO DE VENDAS E CONSIGNAÇÕES.

Não incidência da parcela relativa ao impôsto de consumo.

O preço, sôbre que incide o impôsto de vendas e consignações não se integra com a parcela correspondente ao de consumo, pago antecipadamente pelo vendedor — Recurso provido, de acôrdo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ac. do Tribunal Pleno de 28/6/61. Publi. 26/7/61.

Mandado de segurança n. 8665.
Relator: Ministro A. Villas Boas.

(Idem: Agravos de Instrumento n. 24.393, n. 24.419, n. 24.520; Mandado de Segurança n. 8.395, n. 8.656; Recurso Extraordinário n. 46.929, n. 43.147, 47.357, n. 46.527, n. 46.701, n. 45.704; Rec. Mandado de Segurança n. 7.291, n. 8.543, n. 8.682, n. 8.393, n. 8.362, n. 7.914, n. 8.244, n. 8.459, n. 8.445, n. 8.527, n. 8.021, n. 3.650, n. 8.519 Recurso Ordinário de Mandado de Segurança n. 8.032, n. 8.555.).

SENTENÇAS

IMPÔSTO DE LICENÇA PARA FUNCIONAMENTO DE MÁQUINAS, MOTORES E EQUIPAMENTO EM GERAL. SUA INCIDÊNCIA LEGAL.

Ação Exec n. 2/160.667-L

Juizo dos Feitos da Fazenda Municipal

Dr. **ARIVALDO A. DE OLIVEIRA**

S E N T E N Ç A

Vistos, etc. Com a presente ação executiva, pretende a Fazenda do Município do Salvador, haver da Cia. Progresso e União Fabril da Bahia, a quantia de cento e nove mil, cento e quarenta e quatro cruzeiros e vinte centavos (Cr$109.144,20), proveniente do impôsto de licença para funcionamento de máquinas, motores e equipamento em geral, de suas Fábricas S. João, Paraguassu e Conceição todas sediadas nesta Capital, e referente aos exercícios de 1956 (diferença que lhes deixou de pagar) e 1957.

Citada, a executada não pagou, oferecendo, porém, bens à penhora. Nos embargos alegou: 1º) que sempre manteve em dia as suas obrigações tributárias; 2º) que a Tabela n. 7, da Lei 242/51, ainda em vigor em 1956 e 1957, estabelece como base para cobrança do impôsto em pauta o número de H.P. produzido por cada máquina ou motor, o que equivale dizer que só os motores geradores de fôrça estão sujeitos à imposição; 3º) que, nesta conformidade, no aludido exercício financeiro recolheu a sua contribuição referente às fabricas Paraguassu e S. João, na Coletoria Municipal de Plataforma, onde está situada a fábrica S. Braz, por ser esta última que, com sua usina geradora, fornece fôrça às duas primeiras; 4º) que, entretanto, o fisco municipal mudando de orientação, pretende também fazer incidir o impôsto sôbre máquinas, teares e fiadeiras que trabalham sob regime de transmissão, recebendo fôrça através de polias, daqueles motores geradores que já tinham pago, por si mesmos, a tributação; 5º) que êste nôvo modo de agir do fisco municipal é absurdo e ilegal, uma vez que, sendo o H.P. o único critério existente para a incidência do tributo, não pode ser alterado arbitràriamente e ao arrepio da própria lei que o Município editou; 6º) que deixou de pagar os impostos do exercício de 1957, por não se conformar com esta inovação da fiscalização municipal, tendo, neste particular, enviado três petições à Prefeitura, sem que, no entanto, a mesma lhes desse a mínima atenção; 7º) finalmente, que, ainda sôbre o assunto, fizera um protesto judicial para ressalva de direito, concluindo por pedir a improcedência da ação.

Contra-arrazoando os embargos, a exeqüente aduzia o seguinte: a) que, de acôrdo com a tabela 7 do Código Tributário, com a redação que lhe deram as Leis ns. 650/53 e 745/56, o impôsto em tela se refere a motores e máquinas em geral, sendo que a Embargante só pagava quanto aos primeiros; b) que, verificando-se não estar sendo dito impôsto cobrado na forma da lei, foi feito o lançamento das máquinas, não se conformando, porém, a Executada em satisfazer a diferença que deixara de recolher do exercício de 1956; c) que, no ano de 1957, não houve pagamento algum; d) que, tratando-se de divergência de entendimento quanto à aplicação da lei, o meio próprio e cabível para a anulação do lançamento, era o ordinário e não o presente onde os recursos de sua defesa são escassos e resumidos por lei; e) finalmente, que os embargos devem ser rejeitados, julgando-se subsistente a penhora com a conseqüente condenação da Ré no pedido, custas e demais pronunciações de direito.

Ao saneador irrecorrido, seguiu-se a instrução do processo em que se realizou uma vistoria nas fábricas da Executada. Antes, porém, a Prefeitura modificou o pedido, alterando-o, na forma do art. 5º, parágrafo único da Lei 960/38, para a importância de Cr$ 111.529,00.

Ainda na instrução foram ouvidos, o Representante legal da Embargante e duas testemunhas. Isto pôsto, efetuam-se os debates, subindo-os, após, o proc. para julgamento.

Tudo visto e examinado.

Preliminarmente:

Alegou a Comuna, nas contra-razões de defesa, que sòmnte u'a ação ordinária para anulação do lançamento seria compatível para dirimir a dúvida quanto ao entendimento da aplicação de sua lei tributária. No entanto, como tal alegação não foi ventilada no saneador, convém, de logo, ficar esclarecida, a-fim-de não mais venha a ser focalizada nesta demanda. Ao nosso ver, data venia, nenhuma razão assiste à exeqüente neste seu modo de entender. De fato, o impôsto de que se trata, até 1956, vinha sendo cobrado, apenas no que se refere aos motores geradores de fôrça. Quando a fiscalização da Prefeitura verificou que o mesmo poderia também incidir sôbre "maquinas não especificadas", notificou a emprêsa contribuinte para pagar-lhe a diferença encontrada, tendo a mesma recorrido administrativamente a respeito, sem

obter, todavia, e conforme consta neste infólio qualquer solução da matéria. Entrou, por causa disto, com um protesto judicial, demonstrando, portanto, a sua intenção de defender-se. Nestas condições, na presente causa, podia, realmente, situar a controvérsia nos têrmos em que situou.

De-meritis:

O tributo de que aqui se cogita é o constante do art. 103, da Lei n. 242/1951, que diz o seguinte: "a instalação e funcionamento de máquinas, motores e equipamentos eletro-mecânicos de qualquer natureza, estão sujeitos a licença prévia da Prefeitura". Até o ano de 1956, de um modo geral, êste tributo vinha sendo cobrado, ùnicamente, quanto aos motores e máquinas geradoras de fôrça, sendo calculado, exclusivamente, sôbre os H.P. produzidos e consumidos. Nesse exercício, entretanto, a repartição competente da municipalidade verificou que o Código Tributário mandava calculá-lo sôbre qualquer máquina, passando, por isto, a considerar como unidade, isoladamente, as máquinas que funcionavam em regime de correias e transmissões. Daí o novo lançamento e conseqüente notificação à Ré para pagamento da diferença. Tal critério (que não envolve aumento de impôsto) ao nosso fraco modo de ver, não exorbitou, de modo algum, a letra da lei. Com efeito, a tabela n. 7, da mencionada Lei n. 242, no seu inciso II, francamente admite dois critérios para a incidência desta tributação: das letras a a m, prescreve uma alíquota variável, de Cr$25,00 a Cr$150,00, por cada motor, de meio H.P. até mais de 2.000 (dois mil); e na alíquota o fixa uma quota invariável, de Cr$25,00 por qualquer aparêlho ou máquina não especificada. Equivale a dizermos que a cada máquina "não especificada", existente nas fábricas da executada, receba ou não sua fôrça de outra máquina, ou motor gerador, corresponde esta quota fixa acima mencionada. E isto porque, segundo a lei, ela é computada como unidade, cobrando-se o seu impôsto de funcionamento, separadamente do motor que lhe quebra a resistência. Em verdade, êste modo de incidência do tributo, pode ser injusto, ou escorchante; mas não resulta, de modo algum, ilegal.

Nestas condições, e não havendo, como não há, ilegalidade neste modo de incidência da imposição, irrelevantes se tornam, inteiramente, os embargos apresentados.

Os documentos de fls. 36/38, corroborados pela relação apresentada pelos peritos, evidenciam eficazmente, que a conta fiscal consignada nas certidões de fls. e fls. corresponde, de fato, ao número de máquinas existentes nas fábricas e sujeitas à imposição. Quanto a isto, aliás, nenhuma contestação se ofereceu.

Face ao exposto, rejeitando os embargos da executada, julgo procedente a ação e subsistente a penhora de fls., condenando a Ré nos têrmos do pedido e seu aditamento.

P. R. I.

Salvador, 26 de outubro de 1960.

(a) **Arivaldo A. de Oliveira** — Juiz de Direito".

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. DESPEDIDA. JUSTA CAUSA.

Recl. Trab. n. 2/176.350-R.

Juízo dos Feitos da Fazenda Municipal

Dr. **JORGE FARIAS GÓES**

S E N T E N Ç A

"Vistos: Odilon Castro Sampaio, motorista, residente e domiciliado nesta Cidade, moveu a presente reclamação trabalhista contra a empregadora Serviço Municipal de Transportes Coletivos, para dela cobrar Aviso-Prévio e Indenização de Antiguidade, além de outras cominações, porque, servindo àquela Empresa desde 7-IV-57 com Cr$12.500,00 mensais, demitido fôra "sem nenhum motivo e sem receber indenizações de lei".

Designada a audiência respectiva, compareceram Reclamante e Reclamada, com seus advogados, quando, inicialmente, foi ouvido o chefe de um Departamento do S.M.T.C., como representante da Empregadora, seguindo-se a primeira proposta de conciliação, tudo conforme cópia autêntica de fls. 11. Posteriormente tomados foram os depoimentos, respectivamente, do Reclamante (fls. 9) e do Representante da Reclamada (fls. 49), seguindo-se ouvida de uma testemunha desta e últimas razões, aduzidas por ambas as partes. Finalmente, foi feita e rejeitada a segunda proposta de conciliação, vindos os autos para julgamento em virtude do adiantado da hora.

Isto pôsto: Enquanto o Reclamante afirma não ter havido motivo para a sua despedida, sustenta a Reclamada que a justa causa de demissão bem configurada está, no caso dos autos. E para comprovação disso, além da testemunho que trouxe a juízo, apresentou documentação que tende a comprovar ser o Reclamante um reincidente nas faltas cometidas em serviço. E foi o que declarou o Representante da Embargadora, à fls. 11 em diante e 48, quando apontou uma série de faltas, mostrando quanto era faltoso o Reclamante. E êste, quando à fls. 9, prestou o seu depoimento pessoal, confirmou parte de tantas faltas apontadas. Mas, disse a Reclamada, por seu Representante: "que a falta que gerou a demissão foi a do flagrante sem justificativa, com reincidência, na volta para recolhimento, no mesmo excesso de velocidade, falta esta que coincidiu com a posterior falta de atendimento ao chamado", etc. (fls. 50) Anteriormente (fls. 49) foi feito um relato de como se configurou esta falta apontada como sendo ensejadora da demissão. Pelo que se lê no parecer de fls. 46, Odilon Castro Sampaio tornara-se um servidor desidioso, face tantas faltas seguidas e reunidas. Mas passou a responder por ato de indisciplina e insubordinação — razão legal para despedida sem qualquer indenização. Como se sabe, a indisciplina ou insubordinação constituem justa causa para que, sem indenizar, o empregador rescinda o contrato de trabalho com o empregado, restando que se apure, razoàvelmente, a prática da indisciplina ou da insubordinação, sem perder-se de vista a vida pregressa do empregado, considerando-se, também, os reflexos que possam advir dessa prática sôbre os interêsses de mais ordem, de mais respeito às normas conhecidas de serviço.

Indisciplina e insubordinação redundam num ato de desobediência às normas conhecidas e de desrespeito às determinações vigorantes. Resultam em prática proibida, por comprometedora da boa ordem de serviço.

Ora, pelo próprio depoimento pessoal do Reclamante (fls. 9), fôrçoso é concluir-se que êle não é primário, mas reincidente. Longe de servidor exemplar, na disciplina, cumpridor normal das regras sob que trabalhava era faltoso, repetidamente faltoso. Por outro lado, a Emprêsa a que servia precisa impor muita ordem e perfeita disciplina, para que a coletividade não sofra reflexos imediatos, desastrosos. Não se compreende emprêsa de transportes coletivos, do porte do S.M.T.C., sem obediência perfeita às suas regras e regulamentos, por parte dos servidores. Ensina J. Petrelli Gastaldi que "... a falta disciplinar, eventual, sem gravidade, não se apresenta razão suficiente para a despedida. É necessário que se repita, que se mostre o empregado faltoso um indisciplinado, isto é, não cumpridor das regras disciplinares, que são de seu dever" (Prática das Leis do Trabalho, pág. 269). Em face dos antecedentes de Odilon Castro Sampaio, apontados pela Reclamada e por êle mesmo confirmados, em parte, há, no caso dos autos, um perfeito enquadramento nesse conceituar de Gastaldi, isto é, não existe eventualidade, sem gravidade, mas descumprimentos seguidos das regras disciplinares, tornando o aludido Reclamante um indisciplinado autêntico, insubordinando-se contra normas instituídas.

O fato ensejador da despedida, como já se disse, exposto está à fls. 49 e figura também no documento de fls. 16, estando em parte confessado pelo servidor faltoso. Nega-se excesso de velocidade, embora não se negue que o preposto da Empregadora encostasse a condução ao coletivo dirigido pelo Reclamante, como fôra contado, para a providência a que aludiu a Reclamada, de flagrar o excesso de velocidade, ocultando-se, porém, essa finalidade na alegação pouco aceitável de não ter entendido e quanto, então, lhe fôra dito. E como se defendeu o Reclamante perante a Reclamada, em relação a essa última falta? Compare-se o final de fls 9v (depoimento pessoal do Reclamante) com o documento de fls. 14 e declarações de fls. 49 (depoimento do Representante da Reclamada), para concluir-se que o Reclamante fôra colhido, de fato, em deslize repetido, mais grave e agravado com dubiedades, ou melhor, com contradições e inverdades. A leitura atenta dos autos e a comparação das declarações do Reclamante com as da Reclamada e elementos outros reunidos dão perfeito convencimento da configuração de justa causa para a demissão havida.

Julgo a presente ação improcedente e condeno o Reclamante nas cominações legais.

P. R. I.

Salvador, 18-VII-961.

Jorge de Faria Góes — Juiz de Direito.

SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO. Reconhecimento, por equidade, de sua existência entre concubinos. Prova de esfôrço comum na formação do patrimônio. Ação procedente.

Juizo de Direito da 1. Vara Cível — Ilhéus

Dr. **AYDANO DAS CHAGAS CARNEIRO**

S E N T E N Ç A

Vistos e examinados êstes autos de ação ordinária proposta por Epifânio José da Hora e outros, contra Francisco José da Hora:

Os autores Epifânio José da Hora, João Manoel da Hora, Magna Maria da Hora e Jaime José da Hora, por seu advogado legalmente constituído a fls. 45, vieram a juízo propor a presente ação para o fim de obterem declaração judicial quanto à existência de uma **sociedade de fato**, que dizem teria havido no concubinato de seus pais, Francisco José da Hora, vulgarmente conhecido por "Chico Nambu", aqui réu, e Martinha Maria de Jesus, já falecida, através do qual e mediante esfôrço comum conseguiram formar avultado patrimônio. Para tanto, alegam que: a) os seus referidos pais se uniram em concubinato no ano de 1908, após ter sido Martinha raptada pelo réu, passando a viverem sob o mesmo teto no lugar denominado Terra Nova, desta Comarca, até o ano de 1946, quando aquela, vítima de afecção mental, veio a falecer no Hospital Juliano Moreira, da Capital do Estado, tendo ambos dessa união 16 filhos, sendo que 6 já falecidos; b) durante o tempo em que viveram concubinados, os seus pais se dedicaram inteiramente às terras que pouco a pouco foram adquirindo, desbravando matas e plantando lavouras de cacaueiros, em cujo serviço colaborava a falecida dentro de suas possibilidades, certa do cumprimento da promessa feita pelo réu, de que, mais cêdo ou mais tarde, se casariam; c) apesar do esfôrço comum de ambos os concubinos, os bens imóveis adquiridos foram todos passados em nome do réu, ficando êste, assim, como único senhor do patrimônio então formado; d) posteriormente, amasiou-se o réu com outra mulher, Joanita Aranha, para quem "botou casa", fato que determinou ser Martinha acometida de afecção mental, falecendo tempos depois no citado Hospital Juliano Moreira, em 16 de outubro de 1946; e) tendo a Promotoria Pública desta Comarca requerido, em 1948, o inventário da **de cujus**, o réu se negou a atender o pedido, alegando seu estado de solteiro e confessando que, efetivamente, com ela convivera durante muitos anos, como se casado fôssem, tendo dessa união diversos filhos; f) idêntica confissão fêz o réu quando, em março de 1955, êles autores requereram novamente o inventário de sua mãe, acrescentando, inclusive, que os bens que possui foram todos adquiridos antes de passar a conviver com Martinha; g) no estado atual do nosso direito, apoiado por farta jurisprudência dos nossos tribunais, seguindo a trilha do direito francês, é possível reconhecer, sem ferir a lei, uma comunhão ou sociedade de fato entre concubinos, sob o princípio de que "esforços comuns geram bens comuns". Instruindo a inicial, juntaram os documentos de fls. 14 a fls. 60.

Citado o réu pelos meios regulares, **ut** fls 78v., ofereceu, no prazo legal, a contestação de fls. 82—88, na qual, em síntese, diz que: **preliminarmente**: a) são os autores carecedores de ação, uma vez que é manifesta a ilegitimidade ad **causam**, por faltar-lhes interêsse legítimo ou jurídico para a sua propositura; b) a ação é imprópria, por isso que os autores

a denominaram de "homologação de sociedade de fato", quando a mesma não passa de uma ação eminentemente declaratória, visto ser o seu objetivo a declaração da existência de uma relação jurídica; **de meritis**: c) no ano de 1900, com a idade de 14 anos, êle réu entregou-se ao trabalho rural no lugar denominado Salobrinho, dêste Município, vindo do Estado de Sergipe, conseguindo, ao cabo de 11 meses, economizar a quantia de um conto de réis, com a qual passou a fazer pequeno comércio de compra de cacau; d) em 1904, tendo falecido naquele Estado o seu pai Joaquim Manoel da Hora, deixando terras, um engenho e gado, para lá se dirigiu a fim de acompanhar e assistir o respectivo inventário, tendo então comprado as partes hereditárias de seus irmãos, das quais sòmente 20 anos depois veio a se desfazer; e) no ano imediato, regressando a Ilhéus, comprou uma pequena posse no lugar "Terra Nova", com as economias auferidas naquele comércio de cacau e acrescidas do produto da venda do gado que havia herdado, iniciando, assim, a sua vida de lavrador; f) foi nesse lugar que veio a conhecer Martinha Maria de Jesus chegada, do norte em 1905, com 11 anos de idade, vivendo em companhia de Francisco Libório e sua mulher D. Constança, a qual, algum tempo depois, fôra residir em casa de Pedro Barbosa, após ter sido desvirginada por seu noivo João da Pastôra, ou por um tal Manoel Pequeno, ou então por Felipe Libório, irmão do seu pai de criação, como se propalava na ocasião; g) em 1908, atendendo aos apelos de Martinha, então já mulher feita, com ela se amasiou, vindo para sua companhia apenas com a roupa do corpo quando êle réu já possuía uma posse de terra e algumas economias, que procurou desenvolver no pequeno comércio de compra de cacau ampliando depois o seu patrimônio com aquisição de outras posses contíguas, de sorte que, posteriormente, conseguiu obter medição e legitimação de suas terras, constituindo, assim, a sua propriedade denominada "Terra Nova"; h) de igual modo, veio a adquirir mais tarde outras terras, sempre por compra de posses já feitas e cultivadas, algumas com medição requerida pelos anteriores posseiros, outras por medir, como são os casos da "Boa Nova", "Boa Esperança", "Dona Santa" e "Petrolina"; i) jamais promoveu derruba de matas, nem nunca se deu ao trabalho de ampliar essa ou aquela posse, fazendo plantio de cacaueiros, pois sua preocupação era apenas de ampliar áreas de terra por meio de aquisições de posses contíguas já feitas; j) não encontra apoio na realidade dos fatos a alegada sociedade patrimonial, decorrente do esfôrço comum dos concubinos, não sòmente porque não dispunha Martinha de qualquer recurso econômico, nem consigo se juntou por interêsse idêntico, como também porque, no decurso de 38 anos de convivência, nunca desviou a sua atividade doméstica para o cultivo da terra ou outra qualquer, pois aquela lhe era absorvente, mãe que foi de 16 filhos. A seguir, mediante o requerimento de fls. 90, juntou os documentos de fls. 92 a fls. 121.

Pela decisão de fls. 123, foi acolhida a primeira preliminar supra e, em consequência, decretada a carência de ação, a qual posteriormente, foi reformada em grau de recurso pelo Egrégio Tribunal de Justiça, na conformidade do venerando "acórdão" de fls. 151—159, mantido, por fim, pelo Excelso Pretório, através da decisão de fls. 186—190. Retornados os autos a êste Juízo, foi proferido o despacho de fls. 194, no qual, pelos motivos exarados, ficou afastada a segunda preliminar e, em seguida, ordenada a citação dos co-litigantes, nos têrmos do art. 92, **in fine**, do Cód. de Proc. Civil. Cumprido êsse despacho, conforme se verifica de fls. 195 a fls. 257, foi mandado, pelo expediente de fls. 258, fazer a reunião dos autos de uma ação conexa proposta pelo co-litigante Pedro José de Lemos, como nesta, aliás, já havia sido determinado.

Efetivamente, quando da subida dêstes autos à instância suprema, em virtude de ter sido interposto recurso extraordinário da decisão do Colendo Tribunal local, que reformou a do primeiro grau, o referido co-litigante, na qualidade de neto da finada Martinha Maria de Jesus, ajuizou ação semelhante, cumulada com petição de herança, em cuja inicial, **mutatis mutandis**, desenvolve os mesmos fundamentos, de fato e de direito, expendidos na anterior e que se acham acima resumidos. Feita a citação do réu (cert. de fls. 276), êste contestou a fls. 277—282, nas mesmas condições desenvolvendo, senão transcrevendo, a matéria contida na defesa da primeira ação. Paralelamente, o réu opôs exceção de litispendência que, processada regularmente, foi julgada improcedente, ensejando o recurso de agravo no auto do processo, conforme se verifica dos autos em apenso. Em face de existir conexidade entre esta e a ação anterior foi proferido o despacho de fls. 287, no qual se determinou a reunião dos processos, a fim de receberem um só julgamento.

Na audiência de instrução e julgamento, foram tomados depoimentos do réu e dos autores, bem assim de dois co-litigantes, e inquiridas seis testemunhas arroladas pelos autores e três ditas pelo réu. Por precatórias, foram inquiridas mais duas testemunhas arroladas pelos autores, conforme consta de fls. 380—448 e de fls. 450—489. No correr da instrução, os autores juntaram ainda os documentos de fls. 341 a fls. 378. O debate oral constou da juntada aos autos das alegações datilografadas de fls. 492—506, dos autores, e de fls. 507—514, do réu. Não me achando de logo habilitado a proferir julgamento, designei dia para publicação da sentença, posteriormente transferido. Oficiou o Dr. 2.º Promotor Público.

O que tudo visto e atentamente examinado:

Pretendem os autores, bem assim os demais co-litigantes que aderiram à inicial, a declaração judicial da existência de uma sociedade de fato entre os seus pais, ao curso de um prolongado e afanoso concubinato, para o fim de ser trazida posteriormente a inventário a parte que couber à sua falecida mãe Martinha Maria de Jesus, acrescida da renda apurada a partir da data de seu óbito e juros de mora.

Em verdade, os nossos tribunais, à frente dos quais se encontra o Supremo Tribunal Federal, vêm reconhecendo, **neminem discrepante**, a existência de uma sociedade de fato entre concubinos, quando dessa união bastarda, pro-

vada a conjugação de interêsse, esfôrço e trabalho, conseguem formar um patrimônio comum. E assim vêm decidindo não em função dêsse conúbio ilegítimo, que, por se achar justamente fora da órbita legal, nenhum direito por certo pode gerar, mas por uma razão de equidade, baseada no princípio de que a ninguém é lícito locupletar-se ou enriquecer a custa do correlato prejuizo alheio.

Já a esta altura é bastante conhecido, porque freqüentemente citado, o memorável aresto do nosso mais alto colégio judiciário, da lavra do eminente Ministro OROSIMBO NONATO, inserto na "Revista Forense", vol. CXXI, pag. 79, de cuja ementa destaco o seguinte tópico:

> "É possível reconhecer sem ferir a lei, uma comunhão ou sociedade de fato do homem com sua concubina. Essa sociedade pode derivar de interêsses, esforços e contribuições na formação de um patrimônio, dispensando forma especial. Deve-se, para evitar iniquidades, reconhecer que os bens resultantes de esfôrço comum são bens comuns".

O Egrégio Tribunal de Justiça do nosso Estado, por sua vez, já teve oportunidade de decidir que "o direito à metade do patrimônio econômico, resultante de esforços comuns despendidos por pessoas concubinadas, deve ser assegurado judicialmente, mas cumpre a juízes só concedê-lo diante provas válidas e convincentes sôbre a formação da comunhão de interêsses, em que se configura a sociedade de fato..." (Rev. dos Tribunais da Bahia, vol. 48, pag. 405).

No caso dos autos, está sobejamente provado que a falecida Martinha Maria de Jesus se informa, do procedimento do réu, dando-se de sua natural puberdade, fôra por êste raptada passando a conviver, **more uxorio**, sob o mesmo teto e tendo dessa união vários filhos, alguns dos quais falecidos. Êsse concubinato teve o seu ponto final com o passamento de Martinha, ocorrido a 16 de outubro de 1946, no Hospital Juliano Moreira, da Capital do Estado, onde se achava internada, vítima de **ictus apoplético**, no curso de uma psicóse maníaco-depressiva (v. fls 22), originada, ao que se informa, do procedimento do réu, dando-se de amôres com outra mulher, de nome Joanita Aranha.

Em sua defesa, no entanto, o réu contrapõe os seguintes fatos e argumentos, capazes de elidir, se provados, a pretensão ajuizada:

a) a **de-cujus** não se concubinou por interêsse econômico, com a intenção de trabalhar ou empregar esforços no sentido da obtenção de um patrimônio comum, mas tão sòmente para servir de companhia;

b) ao amasiar-se consigo, a **de-cujus**, tendo apenas a roupa do corpo, não levou qualquer disponibilidade econômica que propiciasse uma ajuda na formação do referido patrimônio.

c) ao contrário, êle, réu, é que já nessa ocasião possuía roças de cacaueiros no lugar "Terra Nova" adquiridas com dinheiro que conseguira amealhar de seu trabalho diário e pequeno comércio de compra de cacau, bem assim de uma herança deixada pelo seu pai, que era senhor de engenho no Estado de Sergipe;

d) sempre adquirindo roças cacaueiras já feitas e frutíferas, jamais plantara êle, réu, uma árvore sequer dessa lavoura, nem por si ou por alguém contratado derrubara matas; e não é certo que o fizesse Martinha, pois além de muito jovem a princípio, a numerosa prole que teve não lhe dava tempo ou oportunidade para desviar sua atenção dos afazeres domésticos.

Contudo, não colhe argumento o réu quando, no primeiro caso, alega a falta de intenção, vontade ou ânimo por parte de Martinha, pois não se trata aqui pròpriamente de uma sociedade cuja constituição tivesse obedecido a um vínculo contratual e para a qual fôsse mister, como pressuposto necessário, a **affectio societatis**. As comumente chamadas **sociedades de fato**, por isso que não se originam de uma relação contratual, são havidas como simples **comunhão**, a que é estranho aquêle elemento subjetivo (Cfr. PONTES DE MIRANDA — Tratado de Direito Privado, vol. XLI, pag. 26; ORLANDO GOMES — Contratos, pag. 400; GOMES DE OLIVEIRA — Socideades Irregulares, n. 25).

Por outro lado, a apregoada situação econômica do réu, anterior ao concubinato, não restou provada nos autos. Nenhum esfôrço fêz o réu no sentido, já que mesmo os documentos trazidos logo após a contestação e que se referem à compra de roças de cacaueiros, o mais velho dos quais, de 1911, são posteriores àquele fato, que, segundo afirma, teria ocorrido em 1908. E é pouco provável que o réu, em 1900, na era do vintém e da pataca, tivesse conseguido amealhar, como trabalhador rural, vencendo a diária de um mil réis ou pouco mais, a quantía de um conto de réis, no curto espaço de 11 meses, como declarou no seu depoimento pessoal. Note-se que quatro anos depois, quando foi receber a herança paterna em Sergipe, como se referiu, comprou uma boiada por setecentos mil réis, em mãos de um rapaz chamado Macário. Também dessa herança nenhum vestígio ficou, a julgar pela certidão de fls. 341.

Quanto à Martinha, de fato, pode-se dizer que nada tinha de seu. Originária também do Estado de Sergipe, para aqui veio ainda menina, em companhia de seus pais de criação, Francisco e Constança Libório, os quais teriam-se afazendado no lugar "Terra Nova", próximo à propriedade de João Florêncio, vulgarmente conhecido por "Janjão", em cuja olaria trabalhava o réu. É o que se apura da prova testemunhal colhida na instrução, sendo certo que a mesma ainda revela, em versão mais aceitável, que após o seu rapto, Martinha e o réu passaram a viver num trato de terra que, alí mesmo na "Terra Nova", lhe havia sido dado por "Janjão" e sua mulher Vitória, iniciando-se daí, pràticamente, a vida agrícola de ambos.

A afirmação de que o réu, adquirindo sempre roças feitas e produtivas, jamais plantara um pé de cacau, não implica, **ipso facto**, também, na negativa por parte de sua compa-

nheira. Embora tenha sido mulher fecunda, mãe que foi de dezesseis filhos, conseqüentemente levando vida afanosa e atribulada no recesso do lar, todavia essa circunstância não é de molde a afastar a possibilidade de ter Martinha, nas horas vagas, cooperado nos outros misteres da vida rural, como é comum no ambiente sertanejo. À primeira vista, efetivamente, parece inacreditável semelhante esfôrço, mas quem conhece a nossa vida do campo sabe perfeitamente o quanto de ingente podem fazer as mulheres para vencer a pobreza e o desconfôrto, sempre dedicada ao homem a quem se uniu e juntou a sua sorte. Essa reserva e êsse ceticismo cedem, afinal, ante a prova que se fêz nos autos, retratando a bravura laboriosa dessa mulher rústica que foi Martinha. E, de fato, tôdas as testemunhas, inclusive as arroladas pelo réu, são unânimes em afirmar que ela, via de regra, quer em período de gestação e aleitamento, quer levando filhos pequenos pelos braços, misturava os seus afazeres domésticos com a vida rude do campo, ora cuidando das criações miúdas, galináceos e suínos, ora plantando mantimentos, frúteiras e cacaueiros, por fim colhendo os frutos, secando cacau nas barcaças e fazendo farinha. Enquanto isto, quase sempre ausente, o réu levava vida de vadio (fls. 317v.), mascateando e jogando.

A prova testemunhal, por sem dúvida, é convincente, em que pese as restrições arguídas pelo réu, nas suas alegações finais, mormente quanto às suas próprias testemunhas que compareceram independentemente de intimação, na instalação da audiência (v. assentada de fls. 303), portanto já conhecidas do seu digno patrono, ao que se presume.

Sendo esta ação nìtidamente declaratória, o pedido que se fêz na inicial, sôbre o pagamento da renda do patrimônio desde a morte de Martinha, será, por certo, uma decorrência lógica da divisão e partilha dos bens comuns, aqui incomportável.

Da mesma forma, a cumulação que se pretendeu na inicial da ação reunida, de referência à petição de herança, é por todos os títulos destituída de cabimento, já que não se trata, na hipótese dos autos, de direito sucessório **mortis causa**, no qual se discutisse a respeito da qualidade de algum herdeiro. No particular, essa cumulação tem sabor de êrro grosseiro.

Também não há cabimento para condenação em honorários de advogado, nos têrmos do art. 64 do Código de Processo Civil, uma vez que a ação não é resultante de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual.

Pelo exposto e mais que dos autos consta:

Julgo procedente a ação para declarar a existência da alegada sociedade de fato e, conseqüentemente, a comunhão patrimonial formada durante o concubinato do réu com a falecida Martinha Maria de Jesus. Custas pelo réu. Publique-se e intimem-se.

Ilhéus, 18 de julho, 1960.

Aydano das Chagas Carneiro

Juíz de Direito.

AÇÃO EXECUTIVA. PROMISSÓRIA. REQUISITOS. PROCESSO ORDINÁRIO. — Não tem valor cambial a promissória que não contém o nome do tomador. Transformação da ação executiva em ação ordinária, com a anulação da penhora.

Juízo de Direito da Vara Cível — Jequié.

Dr. **JOSÉ ABREU FILHO**

DESPACHO SANEADOR

1º — Vistos e examinados êstes autos de ação executiva n. 1.7/61, nos quais figuram como exeqüente AURELINO MONTEIRO MAYNART e como executado o espólio de LINCOLN MARTINS GONÇALVES.

2º — Levanta o ilustre causídico que representa o espólio suplicado a preliminar de que o autor deve ser considerado carecedor da ação proposta, tendo em vista que os títulos anexados aos autos, eivados de irregularidades, não podem ser considerados como "notas promissórias", e, desta forma, faltalhes o caráter executivo. Passemos a analisar os mencionados títulos, à luz da doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais, a fim de que possamos afinal verificar se procede ou não a tese sustentada pelo douto causídico signatário da petição de fls. 6 usque 9.

3º — Aos títulos anexados aos autos, realmente, faltam vários requisitos legais. Em ambos falta a indicação do **tomador**, requisito êste considerado **"essencial"**, por todos os doutrinadores. Não citamos a lição de Margarino Torres pois a mesma já fôra citada pelo procurador do executado em a sua contestação. Mas, no mesmo sentido, se expressa o douto e consagrado PAULO DE LACERDA em sua clássica obra "A CAMBIAL NO DIREITO BRASILEIRO, ao escrever:

"Não existe cambial sem que na emissão haja o lançamento de todos os requisitos pela lei considerados essenciais, que são os seguintes:

Na nota promissória:

1) a cláusula cambiária;
2) a soma de dinheiro;
3) a **indicação do tomador**;
4) a assinatura do emitente (Aut. e ob. cits., 4ª edição, 1928, pg. 39, grifamos).

Por aí já se deduz que realmente tem razão o nobre advogado do autor quando assevera que faltam aos títulos de fls. requisitos reputados por lei como "essenciais". E quais os efeitos que advirão destas irregularidades? Terão elas o significado que lhes empresta o nobre signatário da petição de fls.? Realmente, se há de julgar o autor carecedor de ação? Sôbre a promissória incompleta escreve o clássico Paulo de Lacerda:

> "Por conseguinte, quando se exibe o título para valer como cambial, quando termina a sua circulação, fixando-se definitivamente, é **indispensável que esteja revestido de todos os requisitos essenciais**, sob pena de não ser considerado título desta qualidade" (aut. e ob. cits. 4.ª edição, 1928, grifamos, pg. 43).

E continua, na mesma obra, edição, ano e página:

> "Antes do protesto, pois, antes de ser ser exibida para produzir coativamente algum efeito, a cambial **incompleta deve ser completamente resida**" (grifamos).

Seria lícito ao tomador, até o momento de fazer valer o título, até antes de ingressar em juízo, completar a promissória incluindo no seu contexto o nome do beneficiário. Se o não fêz, porém, como no caso presente, o título não pode ser havido como promissória econseqüentemente perde o seu valor executivo, carece o autor de ação executiva. A Ação proposta é imprópria. Isto porque os títulos ajuizados não podem ser considerados como notas promissórias, pois lhes faltam o requisito essencial do "nome do tomador". Escreve o festejado PAULO DE LACERDA, em a sua obra, edição e ano já citados, página 58:

"Portanto, não é letra de câmbio nem nota promissória o instrumento a que faltar a indicação do tomador, ou em que o tomador esteja indicado fora do contexto ou por meio de abreviatura".

4º — Mas, se concordamos com o douto advogado do espólio executado de ser, realmente, o autor carecedor de ação executiva, pois falta iniludivelmente aos títulos ajuizados requisito essencial, cuja ausência lhes mutila o caráter executivo, discordamos, porém, **data venia**, deva ser anulada a ação, **in totum**.

É que a sistemática de nossa legislação processual civil, sempre encaminhada para o sentido prático e objetivo, inspirada no direito francês, faculta ao juiz mudar **ex-officio** o rito processual, pondo a pretensão do autor na marcha adequada. Prescreve, por exemplo, o artigo 276 do Código de Processo Civil:

"A impropriedade da ação não importará nulidade do processo. O juiz anulará sòmente os atos que não puderem ser aproveitados, mandando praticar os estritamente necessários para que a ação se processe, quanto possível pel forma adequada".

E passaremos a demonstrar que no caso **suo-judice** — luz da doutrina e da jurisprudência — torna-se possível pôr-se a pretensão do autor no rito adequado. É o que faremos no item seguinte.

5º — Diz, estudando o assunto, o insigne comentarista CARVALHO SANTOS:

"Ação imprópria poderá apresentar atos supérfluos, alguns mesmos antecipados diante do processo estabelecido para a outra, que seria a própria para o caso. Nada mais natural do que poder o juiz julgar nulos êstes atos que não podem ser aproveitados. Se outros atos foram omitidos, porque não eram exigidos na ação imprópria, também nada mais lógico do que mandar o juiz que sejam êles praticados, para que assim se opere a transformação de uma forma de ação para a outra, que, pela lei, é a própria. Ou melhor, a lei fornece, destarte ao juiz, os meios para que adapte à ação imprópria os atos que se fizerem necessários de forma a transfigurá-la na ação própria e adequada. (CARVALHO SANTOS, J.M. "Código de Processo Civil interpretado", vol IV, 4ª edição, 1954, pgs. 45-47).

Por aí se deduz, pelas palavras claras e objetivas do douto e festejado comentarista que o espírito da lei é pela adaptação da ação imprópria às regras da ação própria, em harmonia com os próprios inspiradores de nossa processualística civil, no tocante à matéria das nulidades. O mesmo J. M. de Carvalho Santos, em a sua obra, mesmo volume, edição, ano e página citados anteriormente, cita uma decisão do Tribunal de Apelação do Estado do Rio que se aplica como uma luva ao caso **sub-judice**. O referido acórdão transformou em ordinária uma ação executiva impròpriamente ajuizada. Assim concluía o venerando acórdão:

"Acordam os juízes da Terceira Câmara dar em parte provimento à apelação para, anulando sòmente a penhora, que deverá ser levantada, mandar que a ação seja processada pela forma ordinária". (Obs. vol. e aut. pg. 49).

Por aí se vê, sem maiores esforços, que, quer a doutrina, quer a jurisprudência, toleram a adaptação do processo impróprio ao adequado. Mas, vejamos o que diz o maior luzeiro da processualística pátria, o insigne PONTES DE MIRANDA. Diz o ínclito mestre:

"O juiz procede à comparação entre os atos processuais da forma usada e os atos processuais da forma que teria sido a própria. Os atos iguais ou semelhantes são aproveitados; os dessemelhantes, postos de lado, para que se repitam na forma adequada." (Comentários ao Código de Processo Civil", Tomo IV, 2ª edição, 1959, Pg. 26).

Mais adiante, ao citar o festejado mestre uma decisão da terceira Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São Paulo, diz o autor comentarista:

"A própria forma executiva é aproveitada (exceto, está claro, a penhora, que aliás pode converter em arresto ou outra medida preventiva)". (Aut., ob., ano e edição cits. pg. 27).

E ficou estabelecido por outras decisões jurisprudenciais que "a forma ordinária substitui as outras". (Cfr. aut., ob., vol., edição e ano cits., pg. 27). Não só os tribunais, mas, também, os juízes de 1ª instância têb endossado êsse entendimento. Num caso análogo o juiz PAULO ANTÔNIO RIBEIRO FRAGA, de São Paulo, decidiu uma ação proposta na forma executiva e que foi até final na referida forma, julgando o processo como se fôra de uma ação ordinária. E conclui o citado magistrado:

"Julgo procedente a ação. Não como executiva mas como ordinária. Por isto julgo nula e insubsistente a penhora de fls. Expeça-se mandado de levantamento. Da mesma forma nulo está o protesto, incabível no caso, pois a promissóra estava incompleta. (In 'Revista dos Tribunais', setembro de 1956, Vol. 251, pg. 540).

6º — Diante do que acabamos de dizer, dos argumentos de fato e de direito que expusemos, julgamos imprópria a ação intentada, convertendo-a, na forma do artigo 276 do Código de Processo Civil, em **ordinária** decretando nula e insubsistente a penhora procedida, aproveitando os demais atos, do processo.

Outrossim, no mais, nada há a sanear. São legítimas as partes, representadas legalmente. Ocorrente o requisito do legítimo interesse econômico. Havendo os interessados protestado por perícias ordeno sejam notificados para que requeiram as provas que protestaram. Datilografei o presente despacho, autenticando-o com a minha rubrica. Publicado na 1ª audiência do Juízo.

Jequié, 5 de setembro de 1961.

JOSÉ ABREU FILHO.

HOMICÍDIO POR DOENTE MENTAL — Serve a confissão do réu feita de modo amplo no inquérito policial e cotejadas com as provas do sumário, esclarecendo, sem a menor dúvida, que o denunciado praticou as infrações legais a que responde.

— Isenta-se de pena o réu quando os peritos psiquiatras afirmam que cometeu a infração inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, mas se revela alta periculosidade aplica-se-lhe medida de segurança detentiva com internação no manicômio judiciário, para tratamento específico.

JUÍZO DA 1.ª VARA CRIME DA

CAPITAL

DR. DURVAL MONCÔRVO

SENTENÇA

Vistos etc.

O ilustre representante do M. Público ofereceu denúncia perante êste Juízo contra Walter Costa Mercês, brasileiro, maior, solteiro, bancário, residente na Av. Beira Mar 459, Itapagipe, como incurso no art. 121, inciso IV, em combinação com o art. 12, inciso 2.º com referência ao art. 51, todos do Código Penal.

O fato delituoso:

No dia 31 de Julho do ano de 1959 o denunciado, por volta das 8 horas da manhã, chegou à agência do Banco da Bahia, onde trabalhava. Durante as primeiras horas do expediente o denunciado, alegando dor de cabeça, conseguiu troca de lugar no serviço e, em seguida, ao fazer ponta em um lapis feriu-se, obtendo permissão do gerente Renato Miranda, para sair e medicar-se em uma farmácia, demorando-se na rua e justificando-se. Mais tarde, cêrca das 11 horas, o gerente referido, permitiu a saída de Walter para almoçar, determinando mais lhe fôsse entregue um memorando para obter assistência médica do próprio Banco.

Enquanto era confeccionado o memorando, o denunciado afastou-se um pouco andando para a porta da frente do gabinete do Gerente que atendia a uma consulente e, após alguns passos, voltando-se e sacando do bôlso um revólver deflagrou dois tiros contra o Gerente Renato Miranda, que caiu ao solo imediatamente. Continuando Walter Mercês, com a arma em punho, ao passar próximo à carteira do colega Roberto Russo Politano, atirou neste, fazendo outros disparos e, prosseguindo na direção de José Ribeiro Mendes, em atitude ameaçadora, quando foi seguro por êste e auxiliado pelos demais servidores do estabelecimento, neutralizando a ação do denunciado.

Faleceu o gerente, poucos momentos após, enquanto Politano se submetia a intervenção cirúrgica.

Em seguida, o denunciado, apossando-se de um enfiador de papéis, tentou o suicídio, ferindo-se levemente em dois lugares, no pescoço.

Seguiu-se a sua prisão em flagrante, após medicação feita no Hospital Getúlio Vargas.

Instruiu-se a denuncia com o inquérito policial de fls. 6 **usque** 72, arrolaram-se testemunhas, pediu-se a citação do réu para interrogatório, nomeação de curador, exame psiquiátrico e exame complementar da vítima Roberto Politano.

Por determinação dêste Juízo foi o réu internado no Manicômio Judiciário do Hospital Juliano Moreira.

Outras diligências fôram realizadas, como o exame pericial da arma (revólver marca DUQUE, calibre 32 n. 88473), os exames de lesões corporais e sanidade física de Roberto Politano, o exame de sanidade mental de Walter Mercês, inquirições de quatro testemunhas numerarias e declarações da vítima.

Afinal, as alegações do Ministério Publico, convicto da insanidade mental de Walter da Costa Mercês, consequentemente isento de pena, mas sujeito a medida de segurança, face a sua periculosidade.

O auxiliar da acusação e a própria defesa, corroboraram o parecer do Ministério Público.

Tudo o que devidamente examinado e ponderado:

O processo não apresenta vício ou defeito que o possa invalidar, vez que as partes foram regularmente citadas e acompanharam todos os seus têrmos.

A existência material do crime está provada pelo laudo de exame cadavérico na pessôa da vítima, Renato da Silva Pessôa de Miranda, gerente do Banco da Bahia, agência da Rua Chile, como exames de lesões corporais e de sanidade física na outra vítima Roberto Russo Politano, pelos depoimentos das quatro testemunhas numerárias de fls. e fls. e pela confissão do denunciado, prestada, imediatamente à prática do crime, no flagrante delito, perante a autoridade policial.

A autoria de Walter da Costa Mercês está plenamente provada, por sua confissão já aludida, pelos depoimentos das testemunhas, na instrução criminal, e a própria defesa deduzida que não a nega.

O acusado confessou (auto de flagrante de fls. 8 **usque** 11v) que "chegou ao Banco, onde trabalha, às 8 horas e feriu-se no dedo, solicitando do gerente dispensa do trabalho para fazer curativo em uma farmácia próxima, retornando ao estabelecimento; mais tarde às 11 horas, sentindo dor de cabeça e confusão mental, dirigiu-se novamente ao gerente que determinou fôsse almoçar, lembrando-se, naquele momento, que possuia uma arma que pretendia vender e que já estava cansado e esgotado de ser atendido por médicos por ser portador de tuberculose e, então, sacou da arma para suicidar-se; tendo a impressão de que iam tomá-la, conservou-se à distância, disparando-a diversas vêzes e, afinal, impedido, por várias pessôas, que se matasse; que veio a saber depois que

foram feridos dois colegas; que queria ficar sozinho para matar-se, daí ter dado tiros nas pessoas que tentavam se aproximar, para espantá-las, utilizando-se, após lhe terem tomado a arma, de um espêto para o suicídio, conseguindo furar-se no pescoço, quando foi preso"

Têm valor probante as provas colhidas no inquérito policial, porque tiveram fortalecimento nas efetuadas na fase sumariante.

O inquérito policial entra como fator apreciável para o cômputo das provas, por isso que é feito na polícia chamada de judiciária.

Daí, a ponderação de servirem as confissões dos réus, feitas de modo amplo no inquérito e que, cotejadas com as provas do sumário, esclarecem que têm, sem a menor dúvida, os denunciados praticado as infrações legais a que respondem. (Vide Sentença do Juíz Virgilio Rodrigues de Melo, publicada in Revista Forense vol. LXXIV (pag. 121).

No caso **sub judice**, feita minuciosamente com plena lucidez e coerência, a confissão, em seguida à prática do crime, perante a autoridade policial, já, agora, decorridos mais de dois anos o denunciado, não quis ou não poude rememorar os fatos criminosos, não conseguindo, a contento, o digno titular efetivo dêste Juízo, que efetuou a diligência do interrogatório (fls. 63 e 64), no Hospital Juliano Moreira, nem levá-lo a têrmo, em face das divagações a que se entregou o interrogado.

Diligência anterior, levada a efeito, naquele nosocômio, pelo prolator desta sentença, com a presença dos interessados para a realização do interrogatório de Walter Mercês, fôra também frustrada. Tôdas as circunstâncias, atitudes, antecedentes do denunciado, ficaram concretizados com o resultado do laudo de exame de sanidade mental de fls. 120 a 151, procedido na sua pessoa que se encontra recolhida no Manicômio Judiciario do Hospital Juliano Moreira, há cêrca de dois anos, em observação.

O denunciado Walter da Costa Mercês, foi considerado pelos Snrs. peritos psiquiatras que, ao tempo da infração, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.

"Compete à medicina a averiguação da insanidade mental, sendo que os seus exames devem, em regra ser reconhecidos como provas legítimas e convincentes" — (Navarro de Paiva, no Manual do Min. Público).

Assim, o denunciado se ajusta à moldura do art. 22 do Código Penal, sendo um doente mental portador de esquizofrenia, tipo paranóide.

Assim qualificado o denunciado em face à lei penal é um irresponsavel, entretanto está firmado que e portador de alta periculosidade, não podendo ser pôsto em liberdade, em prejuizo dos interêsses sociais.

O art. 91 do Código Penal diz que o agente isento de pena nos têrmos do art. 22 do mesmo código é internado em manicômio Judiciario. O ilustre Promotor Publico que não se revelou orgão acusador sistemático, oferece parecer no sentido da decretação da absolvição do denunciado, doente mental, e da aplicação da medida de segurança detentiva, devido a sua periculosidade gritante, com o objetivo de custodia e tratamento, opinião corroborada pelo digno auxiliar da acusação e, finalmente, a opinião favorável do não menos ilustre defensor e curador.

"A prevalecer a absolvição, com o fundamento da sentença, forçoso seria manter-se a referida medida de segurança, obrigatória, nos têrmos do art. 78 n. I do Cód. Penal, segundo o qual "presumem-se perigosos aquêles que nos têrmos do art. 22, são isentos de pena". Trata-se de uma presunção **juris et de jure**, como bem esclarece a Exposição de Motivos do Cód. Penal, feita pelo Ministro Francisco de Campos — (ac. unânime da 1.ª Cam. de T. A. de S. Paulo em 21/8/44 na ap. crime n. 12.599, da capital, rel. Des. J. C. de Azevêdo Marques in "Rev. Trib. vol. 171 pág. 58). Vide Repertório de Jurisprudência do Código Penal, de Valentim Alves da Silva, pag. 274, vol. 1.º.

Assim, atendendo a que o acusado praticou os crimes relatados na denúncia de fls. 2, em estado de doença mental, sendo ao tempo da ação inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com esse entendimento (art. 22 do Codigo Penal) e a tudo mais constante dos autos, absolvo a Walter da Costa Mercês, isentando-o de pena, aplicando-lhe a medida de segurança detentiva por seis anos, dada a sua alta periculosidade, continuando internado no manicômio judiciário do Hospital Juliano Moreira, para tratamento específico.

Ex-vi dos artigos 411 e 581 inciso VI do Código de Processo Penal, recorro de ofício, para a egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça.

P.I.

Salvador, 14 de Novembro de 1961.

Durval Moncorvo da Silva Pinto Junior

Pretor na Jurisdição plena de Juiz de Direito da 1.ª Vara Crime.

HOMICÍDIO POR DOENTE MENTAL — Serve a confissão do réu feita de modo amplo no inquérito policial e cotejadas com as provas do sumário, esclarecendo, sem a menor dúvida, que o denunciado praticou as infrações legais a que responde.

— Isenta-se de pena o réu quando os peritos psiquiatras afirmam que cometeu a infração inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, mas se revela alta periculosidade aplica-se-lhe medida de segurança detentiva com internação no manicômio judiciário, para tratamento específico.

JUÍZO DA 1.ª VARA CRIME DA

CAPITAL

DR. DURVAL MONCÔRVO

SENTENÇA

Vistos etc.

O ilustre representante do M. Público ofereceu denúncia perante êste Juízo contra Walter Costa Mercês, brasileiro, maior, solteiro, bancário, residente na Av. Beira Mar 459, Itapagipe, como incurso no art. 121, inciso IV, em combinação com o art. 12, inciso 2.º com referência ao art. 51, todos do Código Penal.

O fato delituoso:

No dia 31 de Julho do ano de 1959 o denunciado, por volta das 8 horas da manhã, chegou à agência do Banco da Bahia, onde trabalhava. Durante as primeiras horas do expediente o denunciado, alegando dor de cabeça, conseguiu troca de lugar no serviço e, em seguida, ao fazer ponta em um lapis feriu-se, obtendo permissão do gerente Renato Miranda, para sair e medicar-se em uma farmácia, demorando-se na rua e justificando-se. Mais tarde, cêrca das 11 horas, o gerente referido, permitiu a saída de Walter para almoçar, determinando mais lhe fôsse entregue um memorando para obter assistência médica do próprio Banco.

Enquanto era confeccionado o memorando, o denunciado afastou-se um pouco andando para a porta da frente do gabinete do Gerente que atendia a uma consulente e, após alguns passos, voltando-se e sacando do bôlso um revólver deflagrou dois tiros contra o Gerente Renato Miranda, que caiu ao solo imediatamente. Continuando Walter Mercês, com a arma em punho, ao passar próximo à carteira do colega Roberto Russo Politano, atirou neste, fazendo outros disparos e, prosseguindo na direção de José Ribeiro Mendes, em atitude ameaçadora, quando foi seguro por êste e auxiliado pelos demais servidores do estabelecimento, neutralizando a ação do denunciado.

Faleceu o gerente, poucos momentos após, enquanto Politano se submetia a intervenção cirúrgica.

Em seguida, o denunciado, apossando-se de um enfiador de papéis, tentou o suicídio, ferindo-se levemente em dois lugares, no pescoço.

Seguiu-se a sua prisão em flagrante, após medicação feita no Hospital Getúlio Vargas.

Instruiu-se a denuncia com o inquérito policial de fls. 6 usque 72, arrolaram-se testemunhas, pediu-se a citação do réu para interrogatório, nomeação de curador, exame psiquiátrico e exame complementar da vítima Roberto Politano.

Por determinação dêste Juízo foi o réu internado no Manicômio Judiciário do Hospital Juliano Moreira.

Outras diligências fôram realizadas, como o exame pericial da arma (revólver marca DUQUE, calibre 32 n. 88473), os exames de lesões corporais e sanidade física de Roberto Politano, o exame de sanidade mental de Walter Mercês, inquirições de quatro testemunhas numerárias e declarações da vítima.

Afinal, as alegações do Ministério Publico, convicto da insanidade mental de Walter da Costa Mercês, conseqüentemente isento de pena, mas sujeito a medida de segurança, face a sua periculosidade.

O auxiliar da acusação e a própria defesa, corroboraram o parecer do Ministério Público.

Tudo o que devidamente examinado e ponderado:

O processo não apresenta vício ou defeito que o possa invalidar, vez que as partes foram regularmente citadas e acompanharam todos os seus têrmos.

A existência material do crime está provada pelo laudo de exame cadavérico na pessôa da vítima, Renato da Silva Pessôa de Miranda, gerente do Banco da Bahia, agência da Rua Chile, como exames de lesões corporais e de sanidade física na outra vítima Roberto Russo Politano, pelos depoimentos das quatro testemunhas numerárias de fls. e fls. e pela confissão do denunciado, prestada, imediatamente à prática do crime, no flagrante delito, perante a autoridade policial.

A autoria de Walter da Costa Mercês está plenamente provada, por sua confissão já aludida, pelos depoimentos das testemunhas, na instrução criminal, e a própria defesa deduzida que não a nega.

O acusado confessou (auto de flagrante de fls. 8 usque 11v) que "chegou ao Banco, onde trabalha, às 8 horas e feriu-se no dedo, solicitando do gerente dispensa do trabalho para fazer curativo em uma farmácia próxima, retornando ao estabelecimento; mais tarde às 11 horas, sentindo dor de cabeça e confusão mental, dirigiu-se novamente ao gerente que determinou fôsse almoçar, lembrando-se, naquele momento, que possuia uma arma que pretendia vender e que já estava cansado e esgotado de ser atendido por médicos por ser portador de tuberculose e, então, sacou da arma para suicidar-se; tendo a impressão de que iam tomá-la, conservou-se à distância, disparando-a diversas vêzes e, afinal, impedido, por várias pessôas, que se matasse; que veio a saber depois que

foram feridos dois colegas; que queria ficar sozinho para matar-se, daí ter dado tiros nas pessoas que tentavam se aproximar, para espantá-las, utilizando-se, após lhe terem tomado a arma, de um espêto para o suicídio, conseguindo furar-se no pescoço, quando foi prêso".

Têm valor probante as provas colhidas no inquérito policial, porque tiveram fortalecimento nas efetuadas na fase sumariante.

O inquérito policial entra como fator apreciável para o cômputo das provas, por isso que é feito na polícia chamada de judiciária.

Daí, a ponderação de servirem as confissões dos réus, feitas de modo amplo no inquérito e que, cotejadas com as provas do sumário, esclarecem que têm, sem a menor dúvida, os denunciados praticado as infrações legais a que respondem. (Vide Sentença do Juíz Virgilio Rodrigues de Melo, publicada in Revista Forense vol. LXXIV (pág. 121).

No caso **sub judice**, feita minuciosamente com plena lucidez e coerência, a confissão, em seguida à prática do crime, perante a autoridade policial, já, agora, decorridos mais de dois anos o denunciado, não quis ou não poude rememorar os fatos criminosos, não conseguindo, a contento, o digno titular efetivo dêste Juízo, que efetuou a diligência do interrogatório (fls. 63 e 64), no Hospital Juliano Moreira, nem levá-lo a têrmo, em face das divagações a que se entregou o interrogado.

Diligência anterior, levada a efeito, naquele nosocômio, pelo prolator desta sentença, com a presença dos interessados para a realização do interrogatório de Walter Mercês, fôra também frustrada. Tôdas as circunstâncias, atitudes, antecedentes do denunciado, ficaram concretizados com o resultado do laudo de exame de sanidade mental de fls. 120 a 151, procedido na sua pessoa que se encontra recolhida no Manicômio Judiciario do Hospital Juliano Moreira, há cêrca de dois anos, em observação.

O denunciado Walter da Costa Mercês, foi considerado pelos Snrs. peritos psiquiatras que, ao tempo da infração, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.

"Compete à medicina a averiguação da insanidade mental, sendo que os seus exames devem, em regra ser reconhecidos como provas legítimas e convincentes" — (Navarro de Paiva, no Manual do Min. Público).

Assim, o denunciado se ajusta à moldura do art. 22 do Código Penal, sendo um doente mental portador de esquizofrenia, tipo paranóide.

Assim qualificado o denunciado em face à lei penal é um irresponsavel, entretanto está firmado que e portador de alta periculosidade, não podendo ser pôsto em liberdade, em prejuízo dos interêsses sociais.

O art. 91 do Código Penal diz que o agente isento de pena nos têrmos do art. 22 do mesmo código é internado em manicômio Judiciário. O ilustre Promotor Público que não se revelou orgão acusador sistemático, oferece parecer no sentido da decretação da absolvição do denunciado, doente mental, e da aplicação da medida de segurança detentiva, devido a sua periculosidade gritante, com o objetivo de custodia e tratamento, opinião corroborada pelo digno auxiliar da acusação e, finalmente, a opinião favorável do não menos ilustre defensor e curador.

"A prevalecer a absolvição, com o fundamento da sentença, forçoso seria manter-se a referida medida de segurança, obrigatória, nos têrmos do art. 78 n. I do Cód. Penal, segundo o qual "presumem-se perigosos aquêles que nos têrmos do art. 22, são isentos de pena". Trata-se de uma presunção **juris et de jure**, como bem esclarece a Exposição de Motivos do Cód. Penal, feita pelo Ministro Francisco de Campos — (ac. unânime da 1.ª Cam. de T. A. de S. Paulo em 21/8/44 na ap. crime n. 12.599, da capital, rel. Des. J. C. de Azevêdo Marques in "Rev. Trib. vol. 171 pág. 58). Vide Repertório de Jurisprudência do Código Penal, de Valentim Alves da Silva, pág. 274, vol. 1.º.

Assim, atendendo a que o acusado praticou os crimes relatados na denúncia de fls. 2, em estado de doença mental, sendo ao tempo da ação inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com esse entendimento (art. 22 do Codigo Penal) e a tudo mais constante dos autos, absolvo a Walter da Costa Mercês, isentando-o de pena, aplicando-lhe a medida de segurança detentiva por seis anos, dada a sua alta periculosidade, continuando internado no manicômio judiciário do Hospital Juliano Moreira, para tratamento específico.

Ex-vi dos artigos 411 e 581 inciso VI do Código de Processo Penal, recorro de ofício, para a egrégia Câmara Criminal do Tribunal de Justiça.

P.I.

Salvador, 14 de Novembro de 1961.

Durval Moncorvo da Silva Pinto Junior

Pretor na Jurisdição plena de Juiz de Direito da 1.ª Vara Crime.

MINISTÉRIO PÚBLICO

PARECERES

DECISÃO DO JÚRI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS — ARTIGO 593 III D, E § 3.º, DO C. P. P., EM CONFRONTO COM O ART. 141, § 28, DA C. F. — NÃO CONHECIMENTO: MATÉRIA DE FATO — MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA.

Rec. Extr. Crim. — (S.T.F.).
Recte.: Antônio Habib.
Recdo.: A Justiça Pública.

PARECER N. 32

1 — Inconformado com a decisão do Tribunal do Júri o órgão do Ministério Público apelou. Na Superior Instância, após ouvido o Dr. 1.º Sub-Procurador Geral, a 1.ª Câmara Criminal deu provimento à apelação, para mandar o Réu, ora Recorrente, a nôvo júri

2 — O extraordinário procura apoiar-se no artigo 101, III, alíneas **a** e **d**, da Constituição.

3 — A decisão recorrida valendo-se do disposto no artigo 593, III, letra **d**, e § 3.º, do Código de Processo Penal, considerou o **veredictum** do tribunal popular manifestamente contrário à prova dos autos.

4 — PRELIMINARMENTE

Apesar do esfôrço do Recorrente, temos que a hipótese não comporta extraordinário. Se a Colenda Câmara Criminal firmou convencimento a respeito da prova, decidiu, exclusivamente, sôbre **matéria de fato.**

O Egrégio Pretório Supremo, em caso idêntico, assim resolveu:

> "**Decisão contrária à evidência dos autos. Nôvo Júri.** — Ao Tribunal de Justiça é lícito, em grau de recurso mandar o réu a nôvo julgamento, quando a decisão do júri fôr manifestamente contrária à prova dos autos. **Recurso extraordinário: seu não conhecimento** (acórdão de 3—7—958. Rec. extr. n. 39.332 — Relator: M. HENRIQUE D'AVILA (2.ª Turma); em "Revista Trimestral de Jurisprudência", vol. 6, agôsto — setembro de 1958, p. CIV).

5 — MÉRITO

Afastamos, inicialmente, qualquer violação ao § 28 do artigo 141 da Constituição. Não implica atentado à "soberania dos veredictos" a decisão que, em a reconhecendo, manda o Réu a nôvo Júri.

6 — Sustenta o Recorrente que não houve decisão "manifestamente contrária à prova dos autos", porquanto ela, aceitando a legítima defesa, acolhera uma versão do fato existente nos autos. Haveria portanto, violação do artigo 593, III, **d**, do C.P.P.

Note-se, de logo, que, no caso, a ilegalidade seria indireta, isto é, resultante de uma má apreciação da prova, o que, por si só, põe em relêvo o não cabimento do recurso, o qual, realmente, pretende nova apreciação sôbre matéria de fato.

7 — O parágrafo 3.º do artigo 593 citado defere ao tribunal **ad quem** a faculdade de, livremente, apreciar a prova produzida, para considerar ou não dela delirante a decisão do Júri.

8 — Que tal faculdade não ofende a relativa soberania da Tribuna Popular, é pacífico (ver revista citada, local citado). O próprio Recorrente, no mesmo sentido, trouxe sua colaboração (fls. 104).

9 — Na espécie, o acórdão recorido e inatacável. Bem examinados os autos, verifica-se a decisão apelada não se baseou, a rigor, em qualquer prova idônea, e sim, apenas, no **depoimento de uma testemunha,** Inocêncio Donato Boaventura (fls. 8), **que não foi ouvida em juízo.**

10 — Quem era Inocêncio? Empregado — administrador de Antônio Habib (fls. 5), por êle apontado como o matador de Artur (fls. 6 e 7 v.), e, portanto, interessado no litígio. Relevante, também, o fato do próprio Habib ter declarado que, quando Artur puxara o facão e partira para êle, "os dois que estavam ao seu lado, José Vieira e Inocêncio", embora tenha dito "que Artur fez menção de puxar o facão", êle e José Vieira "correram ouvindo três disparos seguidos" (fls. 8).

11 — A denúncia não arrolou Inocêncio. Fê-lo a defesa (fls. 45). Êle não foi encontrado. Mudara-se para outra cidade (fls. 47 v.). Que aconteceu? O Réu, apegado à legítima defesa, desistiu do seu depoimento, mas teve o cuidado de declarar que José Vieira era seu inimigo, e que apenas Inocêncio, estava presente na ocasião do crime (fls. 43 v.); tal afirmação, feita em juízo, contradiz-se com a outra, do próprio Réu, perante a autoridade policial (fls. 10).

12 — Pelas razões e fatos constantes do acórdão, notadamente os constantes do auto

de fls. 18, temos, com firme convicção, que o veredicto do Júri delirou da prova dos autos e, por conseqüência, inteira confirmação merece a decisão recorrida.

13 — Pelo não conhecimento. No mérito: pela improcedência.

Salvador, 4 de março de 1961.

José Martins Catharino — Procurador Geral da Justiça.

COAÇÃO RESULTANTE DE AÇÃO OU OMISSÃO DA 1.ª CAMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA — INCABÍVEL RECURSO ORDINÁRIO — ART. 101, I, H DA C. F. — INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 10, I, I, E 16, I, DA LEI EST. 601 N. 1.076.

H. C. n. 5.710—60 (R. O. — S.T.F.).
Carmita Castelo Branco.

PARECER N. 35

1 — A ordem, dita **preventiva**, foi impetrada para **cassar decisão** da 1.ª Câmara Criminal, proferida no **habeas-corpus** n. 5.710. Igualmente, na inicial, alega-se não ter a mesma Câmara incluído o feito em pauta.

Afinal, pede-se ao Tribunal Pleno julgar o mesmo **habeas-corpus.**

Certo é que a 1.ª Câmara Criminal foi apontada como coatora, pouco importando o tipo do **habeas-corpus.**

2 — As Câmaras Criminais Reunidas resolveram não conhecer do pedido, porque formulado aos Des. Presidente do Tribunal de Justiça, conforme acórdão lacônico em demasia (fls. 7 v.).

3 — Inconformado, o Impetrante interpôs **recurso ordinário**, com fundamento no artigo 101, II, **a**, da Constituição.

4 — A Lei Est. n. 1.076 (artigos 10, I, i, e 16, I) estabeleceu competir às Câmaras Criminais Reunidas julgar **habeas-corpus** quando a violência ou coação resultar da decisão de Câmara, e ao Tribunal Pleno se proveniente de decisão das Câmaras Criminais Reunidas.

5 — Tais dispositivos da lei judiciária bahiana são, ao nosso ver, flagrantemente inconstitucionais. Atritam frontalmente com a alínea **h**, n. I, do artigo 101, da Constituição.

Ao Supremo compete, **originàriamente**, processar e julgar **habeas-corpus** quando o coator fôr tribunal sujeito à jurisdição daquele. Ora, no caso concreto, **apontada como coatora a 1.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça**, claro está que a ordem impetrada não poderia ser conhecida pelo próprio Tribunal, por intermédio de suas Câmaras Criminais Reunidas.

6 — Êsse aliás o entendimento do Tribunal da Bahia também quando o **habeas-corpus** tem por alvo decisão das suas Câmaras Criminais Reunidas (julgamentos de 23 e 30 de dezembro último).

7 — Pelo exposto, em qualquer hipótese, não caberia recurso ordinário contra a decisão impugnada, e sim **habeas-corpus** perante o Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, apesar do seu laconismo, certa está a decisão recorrida quando não conheceu do pedido, porque dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça, embora sem declarar, à justa, a incompetência.

8 — Por tais fundamentos, somos por que não se conheça do recurso ordinário, incabível na espécie.

Salvador, 7 de março de 1961.

José Martins Catharino — Procurador Geral da Justiça

CONCEITO LEGAL DE DECISÃO FINAL — RENÚNCIA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO (C. P. C., ART. 849) — INADIMPLEMENTO ABSOLUTO E PARCIAL DE OBRIGAÇÃO LÍQUIDA (C. C., 1.533) — JUROS COMPULSÓRIOS DE LUCROS CESSANTES — DESDE QUANDO SÃO CONTADOS — CONHECIMENTO DA REVISTA E IMPROCEDÊNCIA.

Rec. Rev. 139—60 (C.C.R.).
Durval Guedes de Pinho e outros.
Benjamin de Andrade e s/m.

PARECER N. 54

1 — O recurso de revista tem dois pressupostos necessários: a existência de decisão final recorrida, e a de divergência decisória, nos precisos têrmos dos artigos 853 e 859 do C.P.C.

2 — O acórdão revisando teve suas conclusões publicadas em 12—3—960 (fls. 27 v.). A revisão foi pedida em 22—3—960. É tempestiva.

3 — A decisão tomada pela Colenda 2.ª Câmara Cível, que se vê às fls. 25 v. a 27 v., conheceu do agravo de instrumento por maioria de votos. Embargável era o acórdão recorrido? Não, de acôrdo com o artigo 833 do C.P.C. — Seria se houvesse sido proferido em gráu de apelação. Por outro lado, a possibilidade de interposição do extraordinário não prejudica o cabimento da revista (**idem**, art. 808).

4 — Isto pôsto, quanto ao acórdão recorrido, ficou satisfeito o primeiro pressuposto apontado.

5 — E em relação aos acórdãos — paradigmas? Também, porquanto todos êles (fls. 6 a 13 v.) foram unânimes.

6 — Quanto à divergência decisória, há de ser examinada em relação a dois pontos: 1 — deserção, com efeito de renúncia, do agravo; 2 — qualificação e cálculo de juros.

7 — **Em relação à renúncia:** inaproveitável o acórdão de fls. 8/9, por ter decidido hipótese de **falta de preparo**, e não de **preparo tardio**, que é a dos autos: aproveitável, a decisão da 2.ª Câmara Cível, constante da certidão de fls. 6/7v.

A tese adotada pelo decisão revisanda diverge da consubstanciada na segunda padrão.

Com efeito, admitiu a primeira (fls. 25 v. e seguintes) a tempestividade do preparo, "uma vez que os agravantes intimados do despacho que ordenou êsse preparo, atenderam, efetuando-o, dentro de 24 horas". Ao contrário, acolheu, a segunda, a tese da fatalidade e improrrogabilidade do prazo legal. Ambos os acórdãos — padrões foram proferidos em AGRAVOS DE PETIÇÃO, e a decisão recorrida, em AGRAVO

DE INSTRUMENTO. Entretanto, a divergência existe porquanto a renúncia aos dois tipos de agravo está regulada no artigo 849, combinado com o 845, § 5.º, do C.P.C.

8 — Inicialmente, descartamos a possibilidade, **no caso de agravo de instrumento**, da deserção ou renúncia independentes de julgamento, porquanto o parágrafo único do artigo 849 só cuida de agravo de petição.

9 — Desde que a revista invoca, apenas, violação do artigo 849, à sua interpretação, como regra geral, cingiremos nosso parecer.

Não há dúvida que, sob o ponto — de — vista **literal**, teria ocorrido a renúncia, mas tal tipo de interpretação não deve prevalecer, em que pese o apoio recebido de certos julgados.

A tese certa foi acolhida pela decisão recorrida.

O prazo de 24 horas para preparo, contado da entrega da contraminuta, **pressupõe para iniciar-se, a existência da conta a ser paga.** Neste sentido; acórdão unânime da 2.ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, e, em recurso de revista, das Câm. Cíveis Reunidas do T.J. de São Paulo (**in "Jurisprudência de Processo Civil"**, DIMAS R. DE ALMEIDA, JOSÉ G. R. ALCKMIN e JURANDIR NILSSON, 1957—1958, vol. III, S. Paulo, ns. 1.256 e 1.259).

Quem, a rigor, **prepara** é o pessoal do fôro.

O agravante paga as despesas do preparo. Entendido êste como pagamento de custas, claro está não ser possível imputar-se ao agravante qualquer penalidade se pagou a quantia certa e líquida, **imediatamente após a sua fixação.**

O próprio instituto da renúncia repele a idéia de ser ela meramente legal e automática.

No caso, além do mais, o Juiz inquisitório mandara intimar os Agravantes (ver C.P.C., 112), dando ao artigo 849 a melhor interpretação, faculdade, aliás, que encontrava guarida nos artigos 26 e 38 da lei processual.

10 — Quanto aos juros: o acórdão revisando admitiu, por maioria, os **"compensatórios** desde a data do efetivo pagamento das terras", e, por unanimidade, sua contagem até final liquidação.

A divergência, portanto, se restringe à data inicial da contagem dos juros. A tese vitoriosa não considerou ilíquida a obrigação. O voto vencido, ao contrário. E o que é interessante, ambas as opiniões partiram do artigo 1.536, § 2.º, do C.C.

11 — Em primeiro lugar, os Agravantes, na assentada do **julgamento**, pleitearam os **juros compensatórios** (fls 26 v.).

12 — O primeiro acórdão trazido à colação não aproveita aos Recorentes, pois resolveu hipóteses de juros legais (fls. 10/11), o segundo, sim (ver fls. 12 v.).

13 — Apesar da precariedade de elementos, parece-nos ter havido certa confusão entre liquidez de obrigação e a de sentença (ver C.C., 1.533 e 1.535).

14 — Fixemos certos pontos da lide, para melhor esclarecimento e para estabelecermos as premissas necessárias à conclusão.

A obrigação dos Recorentes, por sucessão universal, era de dar. Ao nosso ver, também, **obrigação líquida**, nos têrmos do artigo 1.533 do Cód. Civil, já que certa quanto à sua existência, e determinada quanto ao seu objeto — a área de 1.031 hectares, 75 ares e 41 centiares.

Como se verifica dos autos, os vendedores incorreram em **inadimplemento absoluto e parcial** (conf. ESPINOLA, "Sistema", vol. II, p. 451, nota 255). **Absoluto** por que ocoreu impossibilidade dos devedores cumprirem a obrigação. **Parcial** porque a impossibilidade não foi total, em relação ao objeto da obrigação.

Não houve mora, porquanto esta, por definição, não exclui a possibilidade do cumprimento tardio da obrigação.

15 — Pedidos que foram as perdas e danos (fls. 17), a indenização devida pela inexecução compreende os lucros cessantes (artigos 1.056, 1.059, 1.060 do C.C.) e, por conseqüência, os juros compensatórios.

16 — Se não houve simples mora, e sim inadimplemento, a solução adotada pelo acórdão não poderia encontrar obstáculo na regra do artigo 1.536, § 2.º, do C.C. — E se mora houvesse também, porquanto a obrigação era líquida. Ilíquida foi a sentença condenatória.

17 — Por não ter havido mora, certa a ordem para a contagem dos juros, integrantes da indenização, "desde a data do efetivo pagamento das terras" (fls. 27).

18 — Quando há mora, sim, os juros podem fluir a partir da citação válida (C.P.C., 166, IV; C. C., 960, segunda parte).

19 — Além do mais, o contrato de compra e venda, sem elemento acidental, tem eficácia instantânea. A obrigação de dar a coisa é simultânea à de pagar o preço. Entregue êste, ao credor assista o direito de, imediatamente, receber a coisa do devedor, conforme estipulado. Se, por culpa do devedor, tal não se dá, êle há de arcar com as perdas e danos (C.C., 1.057, **in fine**, calculados desde o momento do inadimplemento culposo.

20 — Concluindo: pela improcedência, mantida a sentença revisanda.

Salvador, 20 de março de 1961

José Martins Catharino — Procurador Geral da Justiça.

MANDADO CONTRA SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA, PENDENTE DE REFORMA EM VIRTUDE DE RECURSO NECESSÁRIO — ASSOCIAÇÃO CIVIL DE UTILIDADE PÚBLICA — CONCEITO DE AUTORIDADE E DE DIREITO SUBJETIVO. — PRELIMINAR: NÃO CABIMENTO — MÉRITO: IMPROCEDÊNCIA.

Mand. Seg. n.º 344/61 (C.C.R.)

WANDERLINO ANTÔNIO DURÃES — Juiz de Direito de Bom Jesus da Lapa.

PARECER N.º 88

1 — A hipótese assim pode ser resumida: J.R.A. impetrou segurança contra o Presidente do Conselho Diretor da "Sociedade Operária de Santana"; na forma da lei, foram notificados os membros do citado Conselho para prestarem informações (6); o Dr. Juiz deferiu o pedido, após considerar revel e confessa a autoridade coatora (sic), **recorrendo ex-officio para o Tribunal de Justiça** (sentença de fls. 12 a 15).

2 — O ora Impetrante, Presidente do já referido Conselho, requer mandado contra a sentença proferida naquele processo, no qual figura como um dos impetrados.

3 — **Preliminarmente.**

O ato judicial impugnado, que concedeu a segurança, **está pendente do julgamento de recurso** interposto segundo determina o artigo 12, único, da Lei n.º 1.533. Por isto, o cabimento do atual mandado encontra obstáculo intransponível na regra proibitiva do artigo 5.º, n.º II, da lei especial:

> "Não se dará mandado de segurança quando se tratar:
>
> I — .....
>
> II — de ato ou despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição";

A originalidade do caso está no fato de pretender-se derrubar sentença que deferiu mandado, através de outro mandado, requerido por pessoa natural integrante do apontado órgão coator.

4 — Temos por incabível o mandado. Assim como ninguém poderá, simultâneamente, por fôrça do **non bis in idem**, propor ação ordinária e impetrar mandado, consideramos impossível, nos têrmos da lei, obter-se cassação de sentença, através pretensão de segurança, quando a mesma é passível de reforma por via de gravo ou de recurso necessário em andamento.

Tal é a orientação dominante na jurisprudência, conforme se constata da utilíssima obra editada pela "Casa de Rui Barbosa" — **O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência**, tomo I, 1959, páginas 414/417.

Outro não é o magistério peremptório de SEABRA FAGUNDES:

> "A ressalva, que realmente se justifica ao uso do mandado de segurança em face dos atos judiciais, é aquela que a lei acolhe, dos atos recorríveis (art. 5.º, n.º II).
>
> Seria, em verdade, uma subversão de todo o sistema funcional do Poder Judiciário, que o legislador-constituinte conhecia, que não poderia querer subverter e que ratificou no acolher o sistema da pluralidade de jurisdição, admitir se antepusesse, ou substituisse aos recursos, o mandado de segurança" (" **O contrôle jurisdicional dos atos administrativos**", 1957, 3.ª ed., pág. 303; e pág. 321, nota 9).

5 — O Conselho Diretor de uma associação civil, pessoa jurídica de direito privado, ou o seu Presidente, **não é autoridade**, no conceito constitucional e da lei ordinária. A simples circunstância do seu reconhecimento como de "utilidade pública", não a faz pessoa jurídica de direito público, nem lhe empresta a condição de delegatária de parcela de poder público

6 — A rigor, portanto, o mandado deferido pela sentença ora impugnada deveria ter sido denegado **in limine**. Faltava-lhe **requisito subjetivo**, indispensável à sua apreciação (Lei n.º 1.533, artigo 8), por fôrça da **ilegitimidade** passiva revelada na presença da pseuda autoridade. Tècnicamente, porém, tal aspecto devera ser examinado pela Câmara Cível isolada, a quem está afeto o julgamento do recurso necessário e extravagante previsto na Lei 1.533, sem efeito suspensivo.

7 — Duas alegações faz o Impetrante quanto à violação de possível direito seu, **subjetivo**. Ambas sôbre cerceamento de defesa: falta de apreciação das informações que prestara tempestivamente, e falta de notificação pessoal da sentença, o que não lhe permitiu interpusesse agravo de petição.

8 — O impetrado, no mandado anterior, foi o Conselho Diretor da "Sociedade Operária de Santana", **representada** pelo ora Impetrante, seu Presidente.

O cidadão Wanderlino Antônio Durães, não se apresenta, na espécie, como titular de um **direito subjetivo**, e sim, como no processo anterior, investido de um **poder** — o de representação da pessoa jurídica "Sociedade Operária de Santana", na qualidade de Presidente do seu Conselho Diretor.

9 — Indubitável que o deferimento de segurança depende da existência de **um direito líquido e certo, inconfundível com o outro de simples pretensão ao reconhecimento judicial.** Destarte, é matéria de mérito indagar se o Impetrante tem ou não direito subjetivo merecedor de garantia.

Se a resposta fôr negativa, inútil investigar a liquidez e a certeza

10 — Embora fonte de dúvidas, distinção existe entre direito subjetivo, faculdade, poder ou potestade, sendo que as dificuldades de separação se concentram na conceituação dos direitos potestativos.

11 — Na lição de CARNELUTTI, o direito subjetivo é **iussum inter partes**. Diz respeito a interêsse próprio do sujeito titular. A potestado é **iussum super partes** ("**Teoria Generale del Diritto**", Roma, 1951, ps. 152 e seguintes). É o **droit-fonction** ou **droit-pouvoir** dos franceses, que corresponde à **potestà di agire** dos italianos, ou seja a negação de um direito subjetivo (conf. RENATO CORRADO, "**La noziene unitaria del contrato di livoro**', 1956, Turim, p. 329).

12 — Qual o interêsse, exclusivamente seu, do Impetrante nesse processo? Ao nosso ver, nenhum, tanto que, na outra ação, figurou como autoridade coatora, ou seja, não como cidadão titular de direito, e sim em virtude da sua qualidade funcional de Presidente do Conselho Diretor. Por isto mesmo, não lhe competia contestar, e sim prestar informações ao juízo.

13 — Se não era titular de direito subjetivo, parte no processo anterior, não houve o alegado cerceamento de defesa, **dada a natureza especialíssima** do processo de mandado de segurança.

A falta de informações, até, não vicia sentença que o defere, e, no caso concreto, o recurso necessário — de alcance idêntico ao do agravo de petição, deixou aberto o caminho adequado para a reforma do ato judicial ora impugnado. Note-se, ainda, haverem sido intimados outros membros do Conselho, inclusive o seu Secretário, estando ausente o seu Presidente (fls. 17).

14 — Em suma: se cabível vier a ser considerado, sua improcedência manifesta-se pela ausência de direito subjetivo a ser objeto de proteção.

Salvador, 16 de abril de 1961.

José Martins Catharino — Procurador Geral da Justiça.

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA — INSANIDADE MENTAL. — A sentença absolutória por doença mental deve alicerçar-se em laudo médico, com as cautelas legais, sem o que será impossível ao juiz determinar o grau de irresponsabilidade do acusado.

Rec. Crim. n.º 2.279 — Recte.: A PROMOTORIA PÚBLICA; Recdo.: OVIDIO DA SILVA.

PARECER N.º 121

DE INÍCIO,

porque foi interposto no prazo legal (art. 586, do C.P.P.), deve o recurso voluntário ser CONHECIDO.

NO MÉRITO,

a ambos os recursos (ex-officio e voluntário) deve ser NEGADO PROVIMENTO, para manter-se a sentença de fls. pelos seus próprios fundamentos.

Vejamos porque:

É assunto comezinho no direito processual penal, na parte referente à técnica para elaboração da sentença, que, sem exame de sanidade mental, seria impossível ao juiz determinar o grau de irresponsabilidade do acusado.

Conseqüentemente a sentença absolutória, com fundamento no artigo 22, do Código Penal, deve fundamentar-se, calcar-se, alicerçar-se, no exame de sanidade mental do réu.

Em casos que tais, torna-se imprescindível o pronunciamento dos técnicos, pois, para reconhecimento de doença mental, ou desenvolvimento incompleto, ou retardado, é indispensável laudo médico.

A propósito temos, dentre muitos outros, o seguinte acórdão:

> "A sentença absolutória com fundamento no art. 22 do Código Penal deve alicerçar-se no exame de sanidade mental do réu, pois seria impossível ao juiz determinar o grau de irresponsabilidade do acusado, sem o referido exame". (Ac. un. da 1.ª Câm. Crim. do T.J. de S.P., no recurso crim. n.º 15.826, sendo relator o Des. Augusto de Lima, in "Rev. Trib". vol. 168, pág. 464).

No mesmo sentido é o parecer do Prof. Dr. Romeu Pires de Campos Barros, publicado na "Rev. Goiana Jur. e Leg." vol. 6, pág. 96 que assim é concluído:

> "Para conhecimento de doença mental do réu é indispensável laudo médico, com as cautelas legais".

Firmado êste princípio, constataremos no caso **sub judice**, que o acusado foi submetido a exame de sanidade mental no nosocômio especializado — no caso, o Hospital Juliano Moreira — e, em bem elaborado LAUDO, os peritos encarregados do exame em foco, indagados (ver fls. 59, **in fine**, do processo apensado) se "O denunciado em aprêço, por seu desenvolvimento mental incompleto, ao tempo da ação, era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato?" Responderam, **"nemine discrepante"**, SIM.

Ainda indagados se "O aludido paciente, por seu desenvolvimento mental incompleto, quando do crime, era inteiramente incapaz de determinar-se de acôrdo com o entendimento do caráter criminoso do fato? os peritos responderam: a **una voce**, SIM.

Dispõe o artigo 22, do Código Penal, que:

> "É isento de pena o agente que, por doença mental **ou desenvolvimento mental incompleto** ou retardado, **era, ao tempo de ação** ou omissão, **inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento.** (Destaquei a parte do artigo aplicável à hipótese dos autos).

Desenganadamente, ajustam-se, perfeitamente, à hipótese supra destacada, do artigo 22, do C.P., as conclusões do laudo de sanidade mental do acusado. Então, o caminho legal do juiz era proceder de acôrdo com o determinado em os artigos 411, do Código de Processo Penal, e 91, do Código Penal, o que realmente foi feito pelo decisório de fls. 124 **usque** 127.

Destarte,

OPINO no sentido de ser NEGADO PROVIMENTO a ambos os recursos interpostos, mantendo-se a sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos.

É o parecer.

Salvador, 27 de setembro de 1961.

Manuel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça.

QUEIXA CRIME — OMISSÕES — SUPRIMENTO. As omissões da queixa podem ser supridas a qualquer tempo, antes da sentença final.

Rec. Crim. n.º 2.308
Recte — MARIO CORNÉLIO RAMOS
Recdo. — MARIA LUIZA DE CARVALHO VIGAS

PARECER N.º 134

AB INITIO,

por haver sido interposto no prazo legal (art. 586, do C.P.P.), o presente RECURSO deve ser CONHECIDO.

DE MERITIS,

ao recurso CONHECIDO deve ser DADO PROVIMENTO.

Senão, vejamos:

O digno **"a quo"**, ao sentenciar, anulou todo o processo, alegando ser **inepta** a queixa-crime apresentada, vez que eivada de inúmeras falhas, para issso fundamentando-se no inciso IV, do art. 564, do Código de Processo Penal.

Sou conhecedor (e aqui, mais uma vez proclamo)) da vida inteligência, dos profundos conhecimentos jurídicos e da inconteste experiência judicante, do douto prolator do despacho recorrido,

MAS, **data venia**, ao expressar o seu convencimento no caso **sub-judice**, laborou, num ligeiro equívoco, o nobre **"a quo"**.

O inciso IV, do art. 564, do C.P.P., deve ser interpretado conjuntamente com o inciso III e suas letras, no mesmo artigo 564, do C.P.P.

As formalidades que constituem elementos essenciais dos atos e que não podem ser omitidas, são aquelas apontadas, taxativamente, nas letras constitutivas do inciso III, do art. 564, do C.P.C.

Diga-se, por exemplo, se ao chegarmos ao final, ou mesmo no decorrer da instrução, do presente processo, fosse constatada a INEXISTÊNCIA, nos autos, da indispensável QUEIXA.

Teríamos aí, no dizer do ínclito ESPINOLA FILHO, "um corpo sem cabeça".

Aí, então haveria, **ex-vi** do disposto na letra *a*, **do inciso III, do art. 564 do C.P.P.**, OMISSÃO de formalidade essencial do ato, pois nos delitos de ação privada, é imprescindível, é formalidade essencial, a apresentação inicial, da QUEIXA CRIME.

In casu, no entanto, a QUEIXA CRIME existe, está às fls. 2,

MAS, induvidàvelmente, possui essa mencionada peça — a QUEIXA — inúmeras falhas, na mesma, incontestàvelmente, diversos requisitos deixaram de ser cumpridos.

No que tange, no entanto, a essas faltas parciais, a essas falhas, a êsses requisitos não cumpridos, enfim, a essas OMISSÕES das quais se ressente a QUEIXA de fls. 2, dispõe o art. 569, do C.P.P., que **poderão elas ser cumpridas** a todo tempo, antes da sentença final.

Agora, se intimado para suprir as OMISSÕES constantes da QUEIXA, no prazo legal o queixoso não cumpre a determinação, ocorrerá, então aí, a NULIDADE da peça em aprêço.

Na espécie dos autos, o **a quo** não deu à parte queixosa a oportunidade de lei (art. 569, do C.P.P.) de SUPRIR as omissões constantes da QUEIXA que apresentara.

No particular do delito de "ameaça", art. 147 (**caput**) do C.P., o queixoso terá que juntar prova, no prazo legal, de que representou (na forma determinada pelo § único do art. 147, do C.P.) ao Ministério Público e o seu representante não promoveu o necessário processo, ensejando, então, no caso, a ação privada.

Destarte,

OPINO no sentido de ser DADO PROVIMENTO ao recurso, para o fim de ser determinado ao **a quo** que permita ao queixoso a oportunidade prevista no art. 569, do C.P.P., de suprir as omissões da QUEIXA de fls. 2.

É o parecer.

Salvador, 3 de outubro de 1961.

Manuel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça.

PRISÃO PREVENTIVA — REVOGAÇÃO — E' defeso ao juiz revogar despacho de prisão preventiva sem que tenha havido modificação no quadro delituoso inicial e que justificara, a pleno, a aludida prisão.

Rec. Crim. n. 2.311 — Recte. — Dr. Promotor Público de Jacobina; Recdo. — Manoel Pereira dos Santos e outros

PARECER N. 140

DE INÍCIO,

tendo em vista que foi interposto no prazo legal — art. 586, do C.P.P. — e é o recurso cabível no caso *sub-judice* (art. 581, inciso V, do C. P. P.), pois e fora de qualquer dúvida que revogar prisão preventiva equivale a indeferir o pedido de prisão preventiva no caso do artigo 312, do C.P.P., (A propósito, ver CAMARA LEAL, vol. II, pg. 284, Cód. Proc. Pen.), deve o presente *recurso* ser CONHECIDO.

NO MÉRITO,

ao *recurso* CONHECIDO deve ser DADO PROVIMENTO, para o fim de ser *cassado o despacho recorrido*, que REVOGOU a prisão preventiva dos denunciados, no caso em tela.

Vejamos porque:

Atendendo ao requerido pelo representante do Ministério Público na Comarca de Jacobina, e por tratar-se de delito apenável, no máximo, com reclusão por tempo superior a dez (10) anos (art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal), na espécie em apreciação, o Juiz de Direito daquela Comarca, através do despacho que obedeceu à exigência do artigo 315, do C.P.P., DECRETOU a prisão preventiva dos denunciados, havendo declarado que,

> "Ninguém nega o crime que está nas consciências de tôda a população de Jacobina. Em verdade, a denúncia, com precisão, relatou os fatos constantes e apurados no inquérito policial. A confissão por parte dos denunciados é "insofismável", (ver fls. 18, in alto),

acrescentando que,

> "Os acusados, tudo indica, não esperarão pela aplicação da lei, pois, meros trabalhadores sem moradas definidas",

dizendo, em remate, que,

> "A prisão preventiva ora requerida, impõe-se, não só como um imperativo de lei, mas também como medida de ordem pública a que êste Juízo não se poderá furtar, sempre atento aos indeclináveis interêsses da coletividade" (ver fls. 19).
> Isso em 17 *de julho de* 1961.

Eis que, no dia *4 de agôsto de 1961*, portanto apenas dezessete (17) dias após haver proferido o despacho de prisão preventiva, o *a quo*, depois, tão sòmente, de terem sido os réus interrogados e apresentadas as defesas

prévias — quando, é óbvio, só poderiam ter alegado inocência —, sem que as alegações constantes dos ditos interrogatórios e defesas prévias estivessem baseadas em provas, o que, no máximo, poderia ter ocorrido, com juntada de documentos — que não foi o caso — ou durante a formação da culpa, o Dr. Juiz REVOGOU as prisões preventivas que decretara, através de um despacho que, em verdade, não possui fulcro jurídico.

Não se justifica que, após haver expressado seu entendimento, como o fêz no despacho de prisão preventiva, inclusive dizendo,

"Realmente, a segregação dos denunciados ante as provas nos autos, faz-se necessária, não só porque não há sombra de dúvida que êles em macomunação satânica tramaram e executaram o assalto, mas também para que não continuem à vista do público, que os sabe criminosos, o que seria uma afronta à sociedade e um estímulo para sua repetição, como já se fala". (ver fls. 19, *in fine*), sem que,

a) as circunstâncias, através de provas, hajam se modificado;

b) se processasse mudança no quadro delituoso inicial;

c) houvesse alteração, oriunda de prova subseqüente, anulando o que existia nos autos, até a decretação da prisão em aprêço; e,

d) tivessem cessado as causas que justificaram a prisão em aprêço, como, por exemplo, se a indicação da autoria se evidenciasse falsa ou se ficasse demonstrada, posteriormente, inexistência material do delito,

HAJA o *a quo* modificado seu ente de razão.

E' defeso ao juiz REVOGAR despacho de prisão preventiva, sem que tenha havido modificação no quadro delituoso inicial e que justificara, a pleno, a aludida prisão.

Ora, se perduram, nos autos,

a) a prova plena da materialidade; e

b) a certeza da autoria, através das provas já produzidas.

NÃO HÁ PORQUE se revogar a prisão preventiva decretada poucos dias antes.

Ante o expendido,

OPINO no sentido de ser *cassado o despacho* que, *in casu*, REVOGOU a prisão preventiva dos réus, para isso dando-se PROVIMENTO ao recurso interposto.

Êste é o parecer que submeto à douta apreciação da Colenda 2.ª Câmara Criminal.

Salvador, 5 de outubro de 1961.

Manuel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça.

QUEIXA CRIME — Para o recebimento da queixa, nos delitos que independem para a sua materialidade ser provada de provas periciais, não há necessidade de apresentação antecipada da prova do delito, que deverá ser feita na formação da culpa.

Rec. Crim. n. 2.314; Recte. — Maria do Carmo Lima e Silva; Recdo. — O Juiz de Direito de Rio Real

PARECER N. 205

DE PRINCÍPIO,

porque é o recurso cabível (art. 581, inciso I, do C.P.P.) e foi o mesmo interposto no prazo legal (art. 586, do C.P.P.), deve o presente *recurso* ser CONHECIDO.

NO MÉRITO,

patenteia-se, com a leitura dos autos, o seguinte:

A recorrente, com o consentimento do marido, apresentou ao Juízo de Direito da Comarca de Rio Real, uma QUEIXA CRIME, contra Josefa Xavier de Góis, pela prática do delito de INJÚRIA (art. 140, C.P.).

Despachando na petição, a Drª. Juíza não recebeu a queixa apresentada, dizendo-se apoiada no inciso III, do art. 43, do C.P.P., parte inicial, por reconhecer "que não demonstrou a requerente ser parte legítima para apresentá-la" (ver fls. 2).

Inconformada, recorreu a queixosa ou querelante.

MAS,

data venia, a queixa-crime, começo de AÇÃO PENAL PRIVADA, a que se refere o art. 106, do C.P. — que não se confunde com a queixa, *notitia criminis*, que o ofendido dá à autoridade policial, ao representante do Ministério Público ou ao próprio Juiz — está, com os seus elementos constitutivos (art. 41, do C.P.P.), em têrmos com a petição de fls. 2.

Desde que o fato narrado constitui crime, em tese, a classificação do delito foi feita, apresentado rol de testemunhas, está esclarecido de como foi constituída a ofensa e quando a mesma foi cometida, sob o aspecto formal a QUEIXA CRIME está obedecendo às prescrições legais.

Nos delitos de ação privada que independem, para sua materialidade ser provada, de provas periciais, não há necessidade de apresentação, antecipada, de prova dos elementos, ou requisitos, do delito.

Alega o digno *a quo* que a requerente não demonstrou ser parte legítima para apresentar a QUEIXA.

Mas a ilegitimidade de parte decorreria de não ser a queixosa pessoa a quem a lei conferisse o direito de queixa ou haver outra com preferência legal para exercer êsse direito.

DESENGANADAMENTE, não é o caso dos autos, pois a querelante é maior, casada, juntou o consentimento do espôso através de procuração conjunta, e foi a pessoa ofendida.

Ademais, inda que se constatasse a existência de ILEGITIMIDADE DA PARTE queixosa, onde e quando se baseiou o *a quo* para asseverar que a parte era ilegítima?

A prova de que a queixosa foi a pessoa ofendida, será feita ou não, na formação da culpa, pelas testemunhas arroladas, o que será apreciado quando da sentença final.

E' matéria pacífica na jurisprudência dos nossos Tribunais, que a QUEIXA CRIME, começo de ação privada, pode prescindir de averiguação preliminar dos fatos delituosos apontados. (Muito a propósito temos o ac. un. na apel. crim. n. 4.687, da 1.ª Câm. Crim. T. J. de D. F., sendo relator o Des. JOSE' DUARTE, in "Rev. For.", vol. 99, pág. 773).

Ante o expendido,

OPINO no sentido de ser DADO PROVIMENTO ao recurso interposto, para o fim de ser a QUEIXA recebida, prosseguindo-se no processo como de direito fôr.

E' o parecer.

Salvador, 18 de outubro de 1961.

Manuel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça.

JÚRI — QUESITOS — LEGÍTIMA DEFESA — NULIDADE — O questionário referente ao uso moderado da defesa deve ser desdobrado em dois: um relativo ao emprêgo dos meios necessários à repulsa da agressão e outro relativo ao uso moderado dêsses meios.

Ap. Crim. n. 4.649; Apte. — A Promotoria Pública; Apdo. — Elmo Athayde Gantois

PARECER N. 298

DE PRINCÍPIO,

a) porque foi interposto no prazo legal — art. 593, do C.P.P. — DEVE o presente *recurso* ser CONHECIDO; e,

b) ARGÚO, no entanto, a NULIDADE DO JULGAMENTO realizado pelo Tribunal do Júri, por FALTA DE QUESITO INDISPENSÁVEL.

Em verdade observa-se que, dos quesitos submetidos à apreciação do Conselho de Sentença (ver fls. 810, no 4.º volume) NÃO CONSTOU o referente ao USO MODERADO dos meios necessários empregados pelo réu, na repulsa à agressão atual reconhecida pelo Júri.

Dispõe o art. 21, do C.P., que, para integração da legítima defesa, deve ser positivada a MODERAÇÃO dos meios empregados pelo agente.

Ora, desde que não existem na LEI palavras desnecessárias, sem préstimos, enfim, inúteis, o não cumprimento de formalidade essencial importará na NULIDADE do ato praticado.

Assim, há exigência em saber-se se o réu USOU os meios necessários, comedidamente, prudentemente, sem excesso, sem exagêro, enfim, moderadamente para utilizar a palavra empregada pelo próprio art. 21, do C.P.

Sabemos, por outro lado, face à jurisprudência robusta, unânime, torrencial, dos nossos tribunais notadamente do Supremo Tribunal Federal, que a circunstância referente ao uso moderado dos meios necessários à defesa, deve ser desdobrada em dois (2) quesitos: um dêles indagando se os meios usados na repulsa eram necessários; e o outro, se o réu usou, moderadamente, êsses meios, tudo complementado, posteriormente, pelo quesito alusivo ao excesso culposo.

Muito a propósito, verificamos que, exatamente na 26.ª sessão desta mesmíssima Segunda Câmara Criminal, realizada no dia 26 de outubro findante (logo, tão sòmente há quatro (4) dias atrás), quando do julgamento da Apelação Criminal n. 4.629, de Irará, sendo apelante a Promotoria Pública da Comarca e apelado João Moreira de Carvalho, tendo funcionado como relator o Des. Dan Lobão e revisor o Des. Edgard Simões, foi ANULADO O JULGAMENTO tendo em vista a PRELIMINAR levantada pelo douto Des. Nicolau Calmon, terceiro julgador, considerando que haviam sido englobados, num só quesito, as circunstâncias pertinentes ao uso dos meios necessários e ao uso moderadamente dêsses meios.

Foi essa DECISÃO, incontestemente, acertada, vez que, num mesmo quesito, não se pode prevenir a NECESSIDADE e a MODERAÇÃO, que são circunstâncias distintas, que se não confundem, nem expressam um conceito único e necessário.

In casu,

sequer englobadas foram apresentadas as circunstâncias alusivas à NECESSIDADE e à MODERAÇÃO.

NÃO,

na realidade *não se indagou* do Júri, se o réu usara MODERADAMENTE daqueles meios necessários, que foram reconhecidos pelo Conselho de Sentença ao responder ao VII quesito articulado (ver fls. 810, já citada).

Vejamos, a respeito, dentre inúmeros outros, os seguintes acórdãos:

> "O criminoso pode ter usado dos meios necessários, sem o ter feito moderadamente. Nulo é o julgamento se o juiz, ao redigir o quesito da legítima defesa, deixa de indagar a respeito dessa moderação". (Ac. un. da 2.ª Câm. Crim. do T. J. de São Paulo, na ap. crim. n. 10.851, rel. Des. Diógenes do Vale, in "Rev. Trib.", vol. 153, pg. 75).

E mais,

> "A lei não tem palavras inúteis. Se ela exige, para integração de legítima defesa, seja o Conselho de Sentença indagado da moderação dos meios empregados, a não observação desta formalidade redundará na anulação do julgamento". (Ac. un. da 2.ª Câm. Crim. do T. J. de São Paulo, na ap. crim. n. 39.619, rel. Des. COSTA MANSO, in "Rev. Tribs.", v. 215, pg. 79)

Finalmente,

> "O questionário relativo à legítima defesa deve ser desdobrado em dois, para apuração dos requisitos essenciais à integração daquela justificativa, isto é, um

relativo ao emprêgo de meios necessários à repulsa da agressão e outro relativo ao uso moderado dêsses meios". (Ac. un. do Supremo Tribunal Federal, no H.C. n. 28.907, rel. Min. BARROS BARRETO, in "Rev. For.", v. 103, pg. 510).

ENTÃO,

porque comprovada a DEFICIÊNCIA DOS QUESITOS apresentados ao Júri, pois não se indagou do USO MODERADO DOS MEIOS EMPREGADOS pelo réu,

nos têrmos do art. 564, n. III, let. *K* e IV combinado com o art. 484, n. III, do C.P.P., NULO E' O JULGAMENTO realizado, devendo o réu ser submetido a nôvo júri com observância das formalidades legais.

NO MÉRITO,

na hipótese inviável de que seja DESACOLHIDA a PRELIMINAR de NULIDADE do JULGAMENTO retro argüida, ao recurso CONHECIDO deve ser DADO PROVIMENTO, para ser o réu submetido a nôvo julgamento, vez que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Senão, vejamos:

OS FATOS, em síntese, considerando a fria PROVA dos autos, assim ocorreram:

a) na noite de 31 de dezembro de 1958, o réu, Elmo Gantois, compareceu, armado de revolver calibre 22, ao REVEILLON do Clube Baiano de Tênis;

b) somente no clube em aprêço, durante a festa, encontrou-se o réu, com Norberto Fernandes Neto (ver fls. 467) com o qual possuia pouca amizade (fls. 448), circunstância essa que afasta a possibilidade de haver o réu colocado o revólver já mencionado no item *a*, debaixo do tapete do carro do citado Norberto, consoante o mesmo alegara ao ser interrogado na polícia (fls. 21);

c) terminado o baile, Norberto prometeu que levaria umas parentas em casa e que depois voltaria ao Clube para conduzir o réu, Roberto e Eugênio, às respectivas residências;

d) ficaram assim, o réu, Eugênio e Roberto à espera de Norberto, confronte ao Baiano de Tênis;

e) naquela ocasião, Sheldon Adamo colocava nos carros que ia encontrando, papéis, fitas, bandeirolas, os quais retirara da ornamentação externa do clube;

f) volta Norberto, conforme prometera estacionou o seu carro, tendo então Sheldon Adamo, conforme havia feito com outros carros, procurado também o carro de Norberto, adornando-o, com cordões e bandeirolas mencionados no item *e;*

g) entraram no carro, o réu e seus companheiros;

h) vendo o que fazia Sheldon e insatisfeito com aquilo, perversamente Norberto acelerou o seu carro, quase atropelando o citado Sheldon que, após se livrar do atropêlo, proferiu palavras, possivelmente de baixo calão, reclamando contra o fato;

i) eis que, *não Norberto, contra quem foram dirigidas as palavras de Sheldon,* porém o réu, que nada tinha com o caso, salta do carro, que já estava em movimento, o investiu contra o referido Sheldon, seguido pelo seu amigo Roberto, que também deixara o veículo;

j) Silvio tentou segurar Elmo, tendo, porém, recebido dêste, uma cotovelada, soltou-o, continuando Elmo investindo contra Sheldon que, ao procurar recuar, escorrega e vai ao chão;

k) no exato momento da queda, em defesa do seu irmão Sheldon, prestes a ser AGREDIDO pelo réu, deixando a balaustrada fronteira ao Clube, onde se encontrava sentado, interfere Leslie Adamo, entrando em luta corporal com Elmo;

l) quando Waldir tentara defender Sheldon, foi interceptado por Roberto (que saira do carro juntamente com Elmo — ver item *i*) recebendo dêste uma bofetada, sendo êste incidente devidamente explicado e terminado com o mútuo reconhecimente de ambos; e,

m) consegue então Carlos Kauark separar os lutadores — Elmo e Leslie — terminando assim a luta, quando o réu, que se achava distante uns três ou quatro metros de Leslie, já no meio da rua, no comêço da ladeira que fica ao lado do Hospital Português (outra prova de que a arma não estava no carro, pois êste ficara junto ao Clube), introduziu a mão por baixo da faixa do seu *summer,* sacou do seu revólver, fêz a mira, e desatendendo aos pedidos que lhe foram feitos para não atirar, disparou sua arma contra Leslie, atingindo-o, e fugando em seguida.

DESSARTE,

são pontos pacíficos neste processo:

1.º) ainda se admitindo que tivesse havido provocação, na atitude de Sheldon, colocando faixas no carro de Norberto, que êle, Norberto, em revide, já tentara atropelar Sheldon;

2.º) ainda que as palavras proferidas por Sheldon, ao livrar-se do atropêlo, fôssem provocativas, dita PROVOCAÇÃO — que no máximo, aceitemos *ad argumentandum,* ensejaria o homicídio privilegiado — fôra dirigida contra Norberto, dono e motorista do carro, e não contra Elmo, o réu;

3.º) no entanto, quem se ofendeu com as palavras de Sheldon *não foi* Norberto, a quem foram as mesmas dirigidas, porém o réu, que nada tinha com o caso, pouco conhecimento possuia com Norberto, e deixara o carro, ainda em movimento, para investir contra Sheldon, evidentemente mais fraco que êle, Elmo, quase menino, pois apenas possuia 16 (dezesseis) anos de idade, tentando agredí-lo;

LOGO se conclui, que na VERDADE o AGRESSOR foi Elmo, o réu, tendo sido êle quem deu causa aos acontecimentos, agindo como o real provocador do fato delituoso.

Ora, sabemos, por demais, que partindo a AGRESSÃO do acusado, desfaz-se qualquer aparência de legítima defesa;

4.º) a intervenção de Leslie não padece de dúvidas, foi em defesa de terceiro, no caso, do seu irmão, cuja AGRESSÃO, por parte de ELMO, era IMINENTE; e,

5.º) ainda que tivesse ocorrido admitamos, por parte de Leslie, inicialmente, uma AGRESSÃO contra o réu, dita *agressão* já cessara com a intervenção de Carlos, que separara os con-

tendores e os afastara, um do outro, cêrca de quatro (4) metros.

Então se trataria na hipótese, de uma agressão já finda que não se enquadra no âmbito da legítima defesa.

Já cessara o direito de defesa, desde o momento em que cessara a agressão.

Apresentando-se, então, a atitude do réu como uma simples vindicta, exercida com certa perversidade, pois tendo feito mira contra Leslie, não atendeu o réu aos apêlos que lhe foram feitos para não disparar a sua arma.

EM REMATE,

SE foi Elmo o AGRESSOR de Sheldon, chamando a si um desentendimento havido entre Sheldon e Norberto, para isso chegando a descer do carro em movimento;

SE Leslie entrou em luta corporal com Elmo, para defender seu irmão Sheldon que estava na iminência de ser agredido pelo mesmo Elmo;

SE Elmo, apos cessada a sua luta corporal com Leslie, já distanciados, um do outro, cêrca de quatro metros, saca do seu revólver faz mira e dispara sua arma, atingindo mortalmente Leslie, êsses FATOS não podem ser agasalhados sob a figura da LEGÍTIMA DEFESA, tendo sido a DECISÃO DO JÚRI manifestamente contrária à prova dos autos, razão pela qual,

OPINO no sentido de ser DADO PROVIMENTO ao apêlo para, reformando-se a DECISÃO dos jurados, determinar-se que o réu seja submetido a nôvo julgamento.

E' o parecer.

Salvador, 31 de outubro de 1961.

Manoel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça, em exercício.

PARECER N. 220

MANTENHO, *in totum*, o PARECER de fls. 903 *usque* 909 e acrescento, a mais, o seguinte:

O JULGAMENTO realizado pelo Tribunal do Júri, no caso em tela, é NULO porque *não constou* do questionário submetido à apreciação do Conselho de Sentença (fls. 810, no 4.º volume) QUESITO INDISPENSÁVEL, qual seja o referente ao USO MODERADO dos meios empregados pelo agente.

Mas, ainda que aceitemos, *ad argumentandum*, pudéssemos deduzir qual tivesse sido a PERGUNTA feita, ante a RESPOSTA dada pelos jurados, verificaríamos que, no caso *sub judice*, fls. 810, 16.ª linha, na RESPOSTA ao sétimo quesito formulado (resposta essa que está rasurada e possui palavras enxertadas não só fora da margem com entre as linhas) as circunstâncias relativas ao emprêgo dos meios necessários e ao uso moderado dêsses meios, foram emglobados numa só resposta, o que, dentro desta argumentação, equivaleria a dizer-se que a PERGUNTA teria sido feita, também, englobadamente.

ENTÃO, consoante hei acentuado no PARECER de fls. 903 e seguintes, o *não desdobramento*, em dois (2) quesitos, das circunstâncias referentes ao *emprêgo dos meios necessários* e *ao uso moderado dêsses meios*, é também motivo para NULIDADE do JULGAMENTO segundo jurisprudência de todos os Tribunais do Brasil, principalmente do Supremo Tribunal Federal e das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

II) Vi as INFORMAÇÕES de fls. 912, 913 e 914, juntadas aos autos pelo inteligente e culto advogado do apelado.

A simples juntada, pelo nobre causídico, dessas peças ao processo, *positivam* o reconhecimento, pelo apelado, da NULIDADE argüida pelo PARECER de fls. 903 e seguintes.

MAS,

data venia, ditas INFORMAÇÕES não poderão jamais "SUPRIR" a NULIDADE DO JULGAMENTO que foi levantada, pois o *ad quem* terá que apreciar o processo com o que consta dos autos na sua tramitação regular e com observância dos têrmos e fórmulas previstos em Lei.

O nosso direito adjetivo, em absoluto, não ampara, não escuda, a possibilidade de uma NULIDADE INSANÁVEL, portanto NULIDADE de ordem pública, como sói acontecer na espécie, ser SUPRIDA, e, muito menos, com INFORMAÇÕES, ainda mesmo, *data venia*, que sejam aludidas INFORMAÇÕES prestadas por um Juiz, um Promotor e um Escrivão, do porte moral dos informantes.

ADEMAIS, a vingar o pretendido pelo apêlo, SUPRIMENTO DE NULIDADE INSANÁVEL, com INFORMAÇÕES — teríamos sem sombra de qualquer dúvida, além de agasalhado uma aberração jurídica, aberto um precedente por demais perigoso para a JUSTIÇA CRIMINAL da Bahia.

MANTENHO, pois, a PRELIMINAR de NULIDADE DO JULGAMENTO realizado pelo Tribunal do Júri, no caso em foco.

E' o parecer.

Salvador, 13 de dezembro de 1961.

Manoel José Pereira da Silva — 1.º Subprocurador Geral da Justiça, em exercício.

DESQUITE AMIGAVEL — FALTA DE EXIBIÇÃO DE CONTRATO ANTENUPCIAL — Nulidade da cláusula que pactuou sôbre herança de pessoa viva — Os filhos menores não podem ter o arbítrio de decidir sôbre sua própria guarda — Inviabilidade da homologação judicial.

Ap. Civ. n. 5.615—61.

Apte.: O Juiz de Direito da 2.ª Vara de Família.

Apdos. — Newton Muylaert de Azevedo e s/m.

PARECER N. 276

1 — A homologação é inviável e o acôrdo contém cláusulas que evidentemente o nulificam.

2 — De início, vale acentuado que a lei processual não foi integralmente observada.

Da certidão de casamento consta a existência de contrato antenupcial, lavrado em notas do Tabelião Bel. Guilherme C. da Rocha Marback, L. 190, fls. 24, em data de 27 de dezembro de 1941.

Com infringência do disposto no art. 642, n. I, do Código de Processo Civil, a respectiva escritura não foi apresentada.

3 — Os cônjuges transmitiram aos filhos a propriedade do apartamento situado no prédio n. 70, da rua Marquês de Caravelas, gravando-o com a cláusula de inalienabilidade.

Essa declaração de vontade, se bem possa ser entendida como um **negócio jurídico misto com doação**, tese que não é pacífica, não dispensará, na sua objetivação, a escritura pública (de acôrdo com os arts. 1.168 e 134 do Código Civil), a fim de que se estabeleça o gravame da inalienabilidade, que só se possibilita mediante **doação ou testamento.**

4 — Se essa exigência legal, podendo ser cumprida na fase executória inclusive com a intervenção do juiz e a fiscalização do Ministério Público, para que não se omitam as prescrições indispensáveis à perfeição e validade do ato, não ofende nem prejudica o ajuste, o mesmo não ocorre com a convenção estabelecida para que, pelo falecimento de um dos filhos sua quota condominial se transfira automàticamente para os irmãos sobreviventes.

O estipulado nesse particular, envolvendo, quiçá, sem testamento, uma substituição fideicomissária, incorre na vedação do art. 1.089 do Código Civil, que proíbe quaisquer pactos sôbre herança de pessoa viva.

VICENTE DE FARIA COELHO observa, por isso, com bastante oportunidade: "Os desquitandos, entretanto, não poderão ampliar em demasia a sua desistência sôbre os bens, a ponto de, por exemplo, pretender com ela abranger, também, a herança que o renunciante possa vir a receber por falecimento dos filhos do casal, ainda vivos por ocasião do desquite, pois isso importaria em transgressão ao princípio **viventis non est hereditas** e ao que está recomendado no art. 1.089 do Código Civil, no sentido de não poder constituir objeto de contrato a herança de pessoa viva" ("O DESQUITE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS", 2.ª ed., 1956, pág. 85).

Embora haja decisões que permitam, nessa hipótese, homologar-se o acôrdo, pela ineficácia da cláusula proibida, a melhor solução parece estar em negar-se a homologação, conforme se colhe de alguns arestos citados pelo douto especialista (op. cit., págs. 85 e 86).

5 — O acêrto do casal sôbre a guarda e manutenção dos filhos merece, por sua vez, uma crítica severa.

Verifica-se que os desquitandos não decidiram a respeito da situação da prole, mas, por absurdo, deixaram o caso entregue ao puro arbítrio dos filhos. Os menores, dos quais só um atingiu a puberdade, ficariam, assim, como senhores e tiranos absolutos para a escolha da própria guarda, condicionando-se os encargos de criação e educação ao aleatório das oscilantes e caprichosas preferências filiais.

O interessante é que, ao sabor dessas vagas e flutuantes iniciativas, restaria ao cônjuge escolhido o direito de receber a renda dos filhos quando antes se estabelecera a intangibilidade do usufruto. Se a mãe fôsse, por exemplo, a escolhida, o pai estaria isento de quaisquer deveres, sem nenhuma fixação prévia das prestações destinadas aos filhos e com abdicação tácita dos deveres inerentes ao pátrio poder, cuja regulamentação não está na dependência das transações entre os cônjuges.

6 — Estas considerações demonstram o imperativo de prover-se o recurso apelatório **ex-officio**, recusando-se homologação ao acôrdo, a fim de que outro seja apresentado e processado, na forma da lei.

Cidade do Salvador, 16 de agôsto de 1961.

Ivan Americano — 3.º Subprocurador Geral da Justiça — Substituto.

JUSTIÇA DO TRABALHO

CONTRATO DE TRABALHO ILÍCITO — JÔGO DO BICHO — A ninguém é lícito beneficiar-se com a própria torpeza. Se é ilícito o objeto principal do contrato de trabalho mas seu domínio não se exerce, exclusivamente, na esfera da atividade proibida, tendo o empregado outras responsabilidades resultantes de uma relação de emprêgo, devem ser reconhecidos em seu favor os efeitos previstos em lei relativamente à mesma, tais como, indenização de antiguidade e aviso prévio quando despedido injustamente, percepção do salário mínimo regional, remuneração de horas extras trabalhadas e férias, sobretudo quando a contestação ao recebimento destas vantagens outro fundamento não tem senão o do exercício de uma atividade ilícita.

Rec. Ord. n. 273—61 — Relator: Juiz JOSÉ DO PRADO.

VISTOS, etc.

Em ação de indenização por despedida injusto, aviso prévio, diferenças de salário, horas extras e férias, ajuizada perante à Junta de Conciliação e Julgamento de Itabuna a contestação limitou-se à alegação de que o contrato de trabalho ajustado com o reclamante era nulo porque ilícito seu objeto: a prática de uma contravenção penal traduzida na exploração do jôgo do bicho.

O postulante, em interrogatório, confirmando declaração contida na inicial esclareceu que, como os demais empregados da casa, além de fazer o jôgo do bicho, trabalhava no armazem.

Dispensada a produção de provas, oferecidas razões finais e malograda a última proposta de acôrdo, proferiram os vogais, contra a proposta do Juiz Presidente da Junta, decisão acolhendo o pedido.

Recorreu o vencido regular e tempestivamente, e a contrariedade veio para os autos em tempo hábil.

Opinou a douta Procuradoria sugerindo o provimento do recurso para o efeito de ser decretada a improcedência da reclamação.

O processo foi submetido à revisão.

É o relatório.

VOTO: Está provado nos autos através reiterada confissão do recorrente (fls. 5 e 10 verso) que o recorrido, paralelamente aos serviços prestados no armazem, vendia "poules" do jôgo do bicho. O recorrido, assim, além de trabalhar como balconista, entregava-se, de parceria com o recorrente ou melhor, a mando dêste, à prática da contravenção penal a que se refere o Decreto Lei 9.215 de 30 de abril de 1946.

Participo da indignação manifestada pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente da Junta quando condena a prática do jôgo de azar e de sua crítica oportuna e justificada às autoridades que toleram a expioração daquele vício. Divirjo, data venia de sua Exa. quando entende que a reclamação deve ser julgada improcedente em face da ilicitude do objeto do contrato de trabalho do recorrido, porquanto, as atividades dêste não se limitavam à prática daquele ilícito penal. Mesmo que êste fôsse o objeto principal do contrato, se o seu domínio não se exercia, exclusivamente, na esfera da atividade proibida, tendo o recorrido outras responsabilidades no âmbito da relação de emprêgo, devem ser creditados em seu favor os efeitos previstos em lei relativamente à mesma, tais como, indenização de antiguidade e aviso prévio, ao ser despedido injustamente, percepção de salário mínimo regional, remuneração de horas extras trabalhadas e férias, sobretudo quando a contestação ao recebimento de tais vantagens não tem outro fundamento senão o do exercício de uma atividade ilícita. Em tal caso, não merece considerada a insistência do empregador quanto à ilicitude de suas atividades, porquanto, **nemo turpitudinem suam alegans audiri potest.**

Nego provimento ao recurso para, com estes fundamentos, confirmar a procedência da reclamação.

ATO JURÍDICO — ANULABILIDADE — COAÇÃO — É anulável o ato que embora perfeito exteriormente traduz declaração de vontade viciada por coação — vis cumpulsiva.

Rec. Ord. n. 290—61 — Relator: Juiz ELSON GOTTSCHALK.

AGNALDO LAZARO DOS SANTOS reclama contra E. W. REINHARD alegando, **"verbis"**, "que a M. M. Junta tomando conhecimento de um requerimento do Reclamado E. Reinhard, considerou rescindido o contrato de trabalho do Reclamante, na qualidade de empregado estável, mas não mandou que o Reclamante fôsse ressarcido da indenização de antiguidade de mais de quatorze anos de serviço na emprêsa conforme consta do Proc. 2—49—957".

Continua a inicial: "Na verdade, o que pediu o Reclamado, naquela ocasião Requerente, foi a rescisão do contrato do trabalho do Reclamante, ficando "ex-vi legis" sujeita a emprêsa ao pagamento da antiguidade em dôbro. Mesmo porque, a carta de fls. 2 junto ao proc. J.C.2—49—57, foi obtida debaixo de coação ilegal, inclusive **manus militari** através de inquérito policial, realizada audiência de interrogatório, minutos antes da audiência de V. Excia , tanto assim que o Sindicato, nem a autoridade competente do Ministério do Trabalho. nem essa M. M. Junta assistiu a **feitura** da carta referida onde se impunha um pedido de demissão".

E, em seguida, vem o pedido, nos seguintes têrmos:

"Assim, pede o Reclamante se digne a M.M. Junta anular tal pedido e conseqüentemente a homologação de que nos dá notícia a ata da audiência realizada em 17 de janeiro de 1957, às 15 horas, na sede dessa M.M. Junta, para reconhecer ao Reclamante o direito à indenização correspondente a 16 anos de serviço, paga em dôbro, dada a estabilidade do Reclamante, condenado o Reclamado nas custas e nos honorários de advogado, na base de 15% sôbre o valor desta ação que se estima em Cr$ 180.000,00, levando-se em consideração o novo salário mínimo de Cr$ 4.500,00".

Requer, ainda, mandado de manutenção de posse da casa onde mora o Suplicante, à rua Araújo Bulcão, n. 70, zona dos Mares, uma vez que o Reclamado vem dizendo que a casa é dêle e que destinou o referido imóvel para moradia do seu ex-empregado, o que não é verdade, nem declarou isso à M.M. Junta quando do seu pedido de homologação, uma vez que, como deve provar a escrita comercial e trabalhista do Reclamado, não consta nenhum desconto dos salários do Reclamante, pelo Reclamado, a título de aluguel de casa Requer, ainda, o benefício da Assistência Judiciária Gratuita, prevista na Lei 1.060—50.

Pede, finalmente, aviso prévio, indenização em dôbro, dois períodos de férias, em dôbro, tudo na base do atual salário mínimo de Cr$ 4.500,00.

Defendendo-se aduziu o Reclamado que excepcionava a M.M. Junta como incompetente para apreciar o caso "**sub judice**" por se tratar de coisa julgoda transitado como foi o processo de homologação que exibe e pede juntada aos autos, na M.M. 2.ª Junta, observadas tôdas as exigências do artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho, fato êste que ocorreu no dia 17 de janeiro de 1957: Mesmo no caso que tivesse ocorrido qualquer divergência entre a homologação e a lei era incompetente êste Tribunal para decidir o caso, uma vez que a instância competente seria do Tribunal Regional do Trabalho em grau de recurso, cuja prescrição decorreria dentro de 10 dias da homologação: Quanto aos demais têrmos da reclamação contesta por negação (fls. 7)

Dispensando-se do prazo, o excepto contestou de imediato a exceção, (fls. 8) e a M.M Junta, na mesma audiência, decidindo a preliminar, acolheu a exceção para considerar que a homologação do pedido de demissão de empregado estável tem efeito de coisa julgada, e por não ser permitido à Junta entrar no mérito da reclamação. Custas pelo Reclamante no valor de Cr$ 526,00, logo dispensadas.

Por cópia, fotostática, fez-se juntada da Ata de homologação do pedido de demissão (fls. 10).

Dessa decisão o empregado recorreu para êste Egrégio Tribunal, e, aqui, foi votado o acórdão n. 292—59, (fls. 30) no sentido de ser dado provimento ao recurso para que a Junta "a quo" apreciasse o mérito da reclamação juntamente com a preliminar.

Houve embargos declaratórios registrados (fls. 38).

Houve recurso de Revista, pelo Reclamado, a que se negou seguimento (fls. 45). Houve agravo de instrumento, a que se negou provimento, unânimemente. (fls. 46).

Baixados os autos à Junta de origem, foi feita a contestação nos seguintes têrmos, em síntese: "que se trata de reclamação temerária, que o Reclamante após 23 meses da homologação da renúncia da estabilidade, veio a impugná-la sob fundamento de coação; que se coação houve foi ela imposta pela MM. Junta, pois o Reclamante quando inquerido, declarou de viva voz que ratificava os têrmos, manifestando, dêsse modo, o propósito de escindir o contrato de trabalho, (fls. 10); que excepcionava, ainda uma vez, por considerar coisa julgada; que de qualquer forma estaria prescrito quando o Reclamante ajuizou a petição de fls. 2, o seu direito de recurso que seria, no caso, de 10 dias da data de homologação do acôrdo ou renúncia de sua estabilidade; que esclarece que em data de 17 de janeiro de 1957 a fábrica Reclamada foi roubada, e no inquérito policial, convidados todos os empregados para prestar depoimentos. Por êste motivo, todos os empregados da emprêsa pediram demissão, e como fôsse o Reclamante o único empregado estabilizado, veio até esta M.M. Junta para, em cumprimento no disposto no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho, renunciar à sua estabilidade; que não houve, assim, qualquer coação, e caso tivesse existido, teria sido promovida pela M. M. Junta; que, no mérito, contesta todo o pedido, alegando logo a prescrição do art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho" (fls. 60/61).

Não houve acôrdo (fls. 61).

Interrogadas as partes (fls. 62/63), encerrada a dilação probatória, após a juntada dos documentos de fls. 52 e segts., procedeu-se às razões finais, e, renovada, sem êxito, a proposta de conciliação (fls. 65), proferiu a M.M. Junta a decisão de fls. 66/67, onde conclui pela procedência parcial do pedido, para condenar o Reclamado num período de férias simples e em honorários de advogado de 15%, unânimemente. Por maioria, julgar improcedente a reclamação na parte referente a aviso prévio e indenização de antiguidade, isento o Reclamante das custas.

Inconformado, recorreu o empregado, regularmente, vez que lhe foi devolvido o prazo pelo despacho de fls. 70, argüindo, em preliminar, a distribuição do recurso, por dependência, ao Relator do acórdão n. 292—61; e, ainda, a nulidade do processo a partir da defesa de fls. 60, uma vez que feita por advogado impedido de procurar na Justiça do Trabalho

em favor de industrial sindicalizado, uma vez que o advogado em questão é Fiscal ou Inspetor do Ministério do Trabalho, dêste Estado.

No mérito, pede que seja dado provimento ao apêlo para deferir-se **"in totum"** o pedido, inclusive o pagamento de aviso prévio, custas e honorários de advogado na base de 15%, juros de mora a partir de 17 de janeiro de 1957.

Com o recurso foram juntos os documentos de fls. 80 e segts. (fls. 74 a 95).

Falou o Recorrido (fls. 100 a 102).

Opinou a Procuradoria pela rejeição da preliminar, e, no merito, pelo provimento do recurso. (Fls. 106 e segts).

É o Relatório.

VOTO. PRELIMINAR: Embora não se deva dar forma de **preliminar**, como fêz o Recorrente, à distribuição por dependência, ao Relator do acórdão de fls. 30, coincidiu, ao que parece, que para o mesmo juiz foi distribuido o presente Recurso.

Mas, a preliminar que se impõe seja examinada, porque com forma e figura de juízo, é a que se refere ao impedimento de advogado do Reclamado, o dr. Elihu de Castro, contra o qual se irroga, nos autos, o impedimento profissional de advogar nesta Justiça, por se tratar de um Fiscal ou Inspetor do Ministério do Trabalho.

Em prol da impugnação feita não milita qualquer prova, não sendo suficientes os documentos júntos com o rceurso, ademais o próprio argüente não tem certeza se se trata de um Fiscal ou de um Inspetor, dúvida que não pode ser resolvida pela interferência do Relator, com requisição de prova, como se pede indevida e extemporâneamente. Aliás, trata-se de matéria sob jurisdição de órgão de classe, no caso a Ordem dos Advogados, a quem deveria, preliminarmente, recorrer o argüente para melhor, em juízo, consubstanciar a sua impugnação.

Rejeito a preliminar.

MÉRITO: Cumpre, inicialmente, retificar têrmos constantes do recurso, quando êste (fls. 77) argúi que o julgado por esta Egrégia Côrte foi no sentido de considerar inválida a homologação do pedido de demissão do empregado. Não. O acórdão de fls. 33 mandava, apenas, que a Junta **"a quo"** apreciasse o mérito da reclamação juntamente com a preliminar. Não apreciou o mérito e mandou que fôsse examinada a preliminar. Esta, como se ilide fàcilmente do discussão havida, não se referia à exceção de incompetência, nem tampouco à preliminar de mérito: **coisa julgada**, pois que o acórdão anterior já havia decidido estas questões. A **preliminar** em causa só poderia ser a que se referia à **coação**, vício de consentimento, que leva à **anulabilidade** do ato jurídico, uma preliminar também de mérito. Sòmente com a instrução do feito poderia a Colenda instância **"a quo"**, avaliar a extensão dos fatos que, segundo alegava o Reclamente, teriam levado a pedir a sua demissão, coagido por violência irstível, **"vis compulsiva"**.

É certo que o Reclamante em audiência ratificou o pedido de homologação a fim de ser considerado rescindido o contrato de empregado estável, (fls. 10) como igualmente é certo que no interrogatório de fls. 61 declarou o Reclamante que na Junta ninguém intimidou o declarante; que o Juiz apenas perguntou ao declarante se era de sua vontade assinar o pedido de demissão e o declarante disse que era (fls. 61/62).

Seria, realmente, ou absurdo supor-se que o Reclamante tivesse sido coagido a uma renúncia de direitos, sobretudo a renúncia à estabilidade, por um órgão do Poder Judiciário. Isso nunca poderia ocorrer. Impossível não é, porém, que os efeitos de uma coação perdurem no ânimo do coagido até mesmo no ambiente da justiça. A coação, neste caso, é anterior ao comparecimento à audiência.

O aparato policial de que se revestiu o pedido de demissão em massa, o exemplo de colegas que talvez culposamente pediram demissão, o receio de represálias mais graves, tudo isso pode levar o julgador à convicção de que não houve liberdade na manifestação de vontade do empregado que pede demissão, mesmo confirmando o fato perante a Junta de Conciliação e Julgamento.

No depoimento pessoal o Reclamante declarou que veio intimidado de lá e foi por isso que assinou a carta de demissão aqui na Justiça do Trabalho; que assim agiu porque o delegado de polícia, sr. Moreira disse que se o declarante não assinasse o pedido de demissão iria prêso, que êsse delegado estava dentro da fábrica (fls. 61).

Por sua vez, o Reclamado, no seu depoimento pessoal prestou declarações que não desmentem essas circunstâncias, antes as confirmam, é assim que disse:

> "que o Reclamante esteve envolvido no roubo que houve nafábrica, e com surprêsa do declarante, confirmou que tinha tomado parte; que a polícia estêve na fábrica, logo cedo, tendo levado todo o pessoal para a delegacia, inclusive o Reclamante; que os operários da fábrica, em massa, quando voltaram da polícia, pediram demissão do emprêgo; que o Reclamante também pediu demissão, e, como era estável, o declarante mandou que viesse aqui a Justiça do Trabalho, e o esperasse à tarde, "(fls. 62) E, ainda:
>
> "quem deu entrada ao processo na distribuição foi o declarante; que o declarante achou que devia vir com o Reclamante aqui, para que o Reclamante assinasse a carta de demissão perante a própria Justiça; que a carta foi datilografada na própria Justiça do Trabalho, na secretaria de uma Junta, antes de dar entrada no processo; que o declarante pediu para usar a máquina e datilografou a carta". (Fls. 62 e 63).

Êsses comemorativos de fato que precederam ao ato da renúncia à estabilidade, por certo que não eram do conhecimento da M.M. Junta que, homologando-a, agiu segundo sua competência administrativa ou graciosa, e teve que aceitar, apenas, a declaração exterior da vontade, sem ter que examinar o conteúdo volitivo da mesma, pois tanto não exigia o processo do desempenho dessa jurisdição.

Entretanto, com o reexame da matéria ficaram esclarecidas as circunstâncias em que se verificou o pseudo renúncia.

Tratando-se da **violência** como vício do consentimento que torna anulável o negócio jurídico, escreve **Gluseppe Stolffi:**

> "L'ultima anomalia della volontá è il timore: incutendo paura, si determina l'altrui consenso.
>
> Si noti peró che in tal maniera si allude alla cosi detta violenza morale (vis cumpulsiva), in contrapposto a aquella che si dice fisica (vis absoluta) che toglie oddiritura la volontá, como accade de Tizio, prendendo per mano Caio, lo forzi a sottoscrivere um documento". (Teoria del Negozio Giuridico, pág. 152).

A violência moral é a ameaça real de um mal injusto e notável, a qual, incutindo temor numa pessoa sensata, a induz a realizar um negócio jurídico que de outro modo não viria a ser realizado.

Não se trata, porém, — acrescenta o autor — de avaliar um vício da vontade no homem em geral, mas naquele determinado indivíduo que por temor preferiu exprimir o **consenso**. Não se pode, por isso, prescindir das condições em que de fato êle se encontrava, e assim se deve levar em conta a idade, o sexo e as condições da pessoa, isto é, sua posição social, hierárquica e seu grau de civilização e **cultura**" (ob. cit. pág. 153).

O mal ameaçado pode se dirigir à **pessoa** ou aos **bens** materiais,. Quando dirigido à pessoa a coação apresenta fisionomia particular.

Ora, no caso em tela, a **ameaça** foi levada a efeito diretamente sôbre a **pessoa** do Reclamante, pelo delegado de polícia que o **ameaçou** de prisão caso não assinasse o pedido de demissão. O aparato policial que precedeu à manifestação viciosa da vontade; o acompanhamento do Reclamante pelo Reclamado até a Justiça; a distribuição do pedido de homologação feito pelo Reclamado; a lavratura da carta pelo próprio Reclamado que se serviu para tanto de uma máquina datilográfica de uma das Juntas, tudo leva à convicção de que a **"vis compulsiva"**, a **violência moral** perdurou por todo o tempo em que transitou o processo homologatório por esta Justiça: A **violência** infiltrou-se sorrateiramente pelos canais judiciários, conservando as aparências de um ato jurídico perfeito e formalmente sem vício algum. Nem mesmo o juízo homologante poderia constatar, com os recursos de que dispunha no momento, a fraude que se infiltrou ocultamente no processo.

Não se pode perder de vista o fato importante de que se trata de um empregado estabilizado.

O próprio Reclamado não nega o fato. Confessou-o, explìcitamente, no depoimento pessoal:

> "que o declarante não nega o tempo de serviço que o Reclamante alega; que confirma a anotação de fls. 7 da Carteira Profissional do Reclamante, quando à data de entrada e saída, (Fls. 63).

A prescrição argüida não procede porque se trata de reclamação anulatória de ato homologatório, e o prazo é o do artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho, e não o de dez dias, como pretende o Reclamado. Ora, o próprio Reclamado reconhece que entre o ato homologatório e a reclamação, transcorreram-se pouco mais de 23 meses, ao passo que a prescrição para o caso é a bienal.

O Reclamante é acusado, sem provas, de falta grave de improbidade, crime de roubo, logo, o fato determinante da rescisão é, realmente, grave a ponto de desaconselhar a reintegração do Reclamante. É o caso, pois, de se determinar a medida prevista no artigo 496 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, a conversão da reintegração em indenização dobrada.

Ante o exposto, voto no sentido de se dar provimento em parte, ao recurso, para, reconhecendo a nulidade do pedido de demissão do Reclamante, mandar que se lhe seja paga a indenização de tempo de serviço dobrada, mantida, quando ao mais, a decisão recorrida."

DISPENSA FICTICIA — PRESCRIÇÃO — Mesmo com o pagamento de indenização, é fraudulenta a despedida de empregado seguida de imediata readmissão, uma vez que visa a uma nova contagem de tempo de serviço. A prescrição começa a correr com o nascimento da ação.

Proc. JCI — 172—61.

Hélio Guimarães Santos aciona Schilling Hillier S/A Industrial e Comercial, pedindo férias, diferença de salário oriunda de dissídio coletivo, salário retido e indenização em dôbro, compensada parcela já recebida anteriormente. Sustenta que foi admitido em 12—8—1949. Em julho de 1956, foi chamado pela gerência para rescisão de contrato e pagamento de indenização, mediante a promessa de que seus direitos não seriam perjudicados. Nesse pressuposto, aceitou a proposta e, apesar de continuar trabalhando, anotaram sua carteira com uma rescisão e uma readmissão quatro dias depois. Diz que há incompatibilidade para continuar no emprêgo, e, somados os dois períodos, pretende a indenização em dôbro.

Na audiência, a reclamada paga as parcelas referentes a salário retido e diferença, recebendo-as o empregado. Reconhece o direito de férias, ressalvado o cálculo do número de dias. Aceita o aviso prévio e a indenização que quer pagar na base do tempo de serviço contado à partir de 1956. Para tanto, sustenta a licitude do acôrdo, a validade do recibo de quitação, naquela oportunidade fornecido pelo empregado e a prescrição do seu direito de reclamar a fraude da primeira rescisão.

Houve prova documental, as partes fizeram suas razões finais e foram recusadas as propostas conciliatórias.

A matéria de fato é pacífica. O reclamante foi admitido em 1949, trabalhando até 1956, quando teve seu contrato rescindido, recebendo indenização e sendo readmitido a seguir. Discute-se, pois, como será a contagem do tempo.

Protecionista, como é, o Direito do Trabalho procurou cercar o trabalhador de um certo número de garantias. Em matéria de tempo de serviço, os arts. 451 e 453 estabeleceram normas destinadas a coibir certos abusos, que redundariam sempre numa instabilidade ocupacional para o empregado. Entretanto um errôneo uso do art. 453 inspirou alguns empregadores a uma certa maneira de contorná-lo e, conseqüentemente tentar impedir a sua aplicação plena. É o caso do que se vem chamando a **dispensa fictícia**. Por ela, o empregador rescinde o contrato de trabalho, paga as indenizações e celebra com o empregado um nôvo contrato, com a intenção de voltar à estaca zero. Entretanto, tal expediente vem sendo apontado como daqueles que estão condenados em lei. O art. 9.º da C.L.T. comina de nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação de preceitos nela contidos. E não pode ser vista sem suspeição uma readmissão que se processa logo após a uma despedida sem outra causa aparente senão a de livrar-se do tempo anterior do empregado que, tanto vinha prestando bons serviços, que dêle não se quis desfazer o empregador.

Comentando o art. 453, diz CESARINO JUNIOR que:

> "Em face da letra da lei trabalhista, não há prazo algum que deva decorrer entre a despedida e a readmissão para efeito de evitar a contagem do tempo anterior. Entretanto, vigoram aqui, como sempre, os mesmos princípios impeditivos da fraude à lei. Evidenciada esta, o ato é nulo de pleno direito". (Cesarino Junior, Consolidação das Leis do Trabalho. 3.ª ed., vol. I, p. 403).

Por sua vez ARNALDO SUSSEKIND, estudando a fraude à lei no Direito do Trabalho, chama a atenção para o fato de que, para algumas hipóteses, onde ocorria prática mais intensa, a Consolidação, de que é coautor, prescreveu regras especiais, regulando especìficamente os efeitos do ato normal. E prossegue dizendo que a Jurisprudência embora nem sempre se tenha mostrado vigorosa na repressão aos atos maliciosos tendentes a fraudar a aplicação do sistema legal de amparo ao trabalhador, vem se pronunciando no sentido de considerar nulos os atos que visam fraudar a lei. E enuncia como exemplo:

> "a dispensa fictícia, tendente a reduzir os direitos do trabalhador num simulado segundo contrato de trabalho, não pode ensejar os efeitos maliciosamente visados, devendo ser computado todo o período de trabalho, sem consideração ao disfarce fraudulento" (Sussekind — Maranhão — Viana — Instituições de Direito do Trabalho, Rio. 1957, vol. I, pags. 254—255).

Ora, no caso como o ora examinado, a fraude decorre exatamente da inexistência de motivo para a rescisão e readmissão em tão curto prazo. Mesmo dando prevalência à Carteira profissional, sem levar em conta a alegação do empregado de não ter interrompido a prestação de serviço, sòmente quatro dias decorreram entre a saída e a entrada. Cesarino aconselha um lapso de pelo menos seis meses (op. e loc. cits.) e o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em recente decisão da Terceira Turma, viu essa fraude numa readmissão que se processou um mês e catorze dias após a rescisão (Rev. Legislação do Trabalho, set-out. 1959, p. 398). Não tendo a emprêsa apontado e provado motivo convincente para seus atos, forçoso é concluir que os mesmos incidem naquela proibição do já mencionado art. 9.º da C.L.T.. Ao reclamante, deve ser assegurado o direito de adição dos dois períodos. Sem isso, estaria aceito e consagrado princípio que jamais permitiria a conquista da estabilidade. Por outro lado, entretanto, sustenta o reclamado que já ocorreu a prescrição para a alegação da fraude, nos têrmos do art. 11. Não resta dúvida que prescreve em dois anos o direito de reclamar a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo contido na Consolidação. O ponto é estabelecer-se o momento exato em que tal prescrição começa a correr. Embora seja princípio aceito e consagrado universalmente, vamos dar a palavra aos mestres:

> "Não basta, porém, que o direito tenha existência atual e possa ser exercido por seu titular, é necessário, para admissibilidade da ação, que êsse direito sofra alguma violação que deva ser por ela removida. É da violação, que nasce a ação. E a prescrição começa a correr desde que teve nascimento, isto é, desde a data em que a violação se verificou". (CAMARA LEAL. Da Prescrição e da Decadência. 2.ª. ed., p. 36).

De outro modo não pensam DE PAGE, para quem a prescrição "não começa a correr senão do dia em que nasce a ação" (Droit Civil Belge, tome VII, vol. II, n. 1.147, APUD Francisco de Campos, Rev. For., CXLIII, 62); CARPENTER (Manual do Código Civil) e ROBERTO DE RUGGIERO que vê o ponto de partida naquele a contar do qual se poderia agir (Instituições de Direito Civil, vol. I, pags. 324—325). Ora, é de perguntar-se quando poderia agir o reclamante: desde a anotação da carteira profissional ou do momento em que a emprêsa passou ao fato concreto, negando a contagem do tempo anterior? — A anotação do nôvo contrato não é uma negativa formal do direito do reclamante considerar sua antiguidade integral. A violação só se torna manifesta quando a emprêsa quer transformar um ato nulo numa arma contra o direito do reclamante. E como já decidiu o T.S.T. "Em se tratando de contagem de tempo de serviço anterior, não há falar em prescrição antes da "dispensa", quando, só então, é negado o cômputo do período anterior" (Rev. do T.S.T., 1957, p. 198, em 2.704). Nesse sentido, também concluímos para dizer que só depois da despedida efetiva, sòmente agora constatada, é que estaria o reclamante em condições de pleitear o seu tempo de serviço só agora negado. Conseqüentemente, a partir de então, começaria a correr o biênio prescricional, que não chegou à consumação.

Ora, o reclamante é estável. Sua dispensa só é possível através de autorização judicial, em inquérito regularmente instaurado. Não ocorre a existência de falta grave, tanto assim que a emprêsa quer pagar a indenização. A re-

gra do nosso direito, em tais casos, é a reintegração. A indenização dobrada é exceção que só se admite no caso de incompatibilidade. Esta não existe, não foi provada, nem resultou da natureza da lide, dada a maneira elevada como se comportaram as partes em audiência. Assim, em vez de indenização, cabe a reintegração. E assim decidindo, não está o Juiz saindo do pedido, nem proferindo decisão **citra, ultra ou extra petita**, como é o entendimento dominante.

Já resolvidas em audiências as parcelas de diferença e salários retidos. Quanto às férias, o reclamante quer o período completo vencido em 1960 e o período proporcional aos dias a partir do vencimento. Como corolário da conclusão da sentença, isto é, da volta do reclamante ao trabalho, descabe o pagamento proporcional e o período vencido se torna exigível sòmente depois de decorrido o prazo de um ano para a sua concessão.

Por todos êsses motivos, RESOLVE a Junta, julgar a reclamação PROCEDENTE EM PARTE, para, reconhecendo a estabilidade do reclamante, contando o seu tempo de serviço a partir de 12 de agosto de 1949, decretar a sua reintegração no emprêgo. Pague a reclamada as custos de $2.326,00, calculadas sôbre $100.000,00, valor arbitrado, prazo de dez dias para cumprimento da decisão.

Salvador, 2 de maio de 1961.

Rosalvo Otacílio Torres — Juiz Presidente.
Manfredo Brandão Torres — Vogal dos Empregadores.
Giovanni Guimarães — Vogal dos Empregados.

EMENTÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO — 5.ª REGIÃO

AVISO PRÉVIO

"O empregado com menos de doze meses de casa, pago por semana, quando despedido injustamente tem direito ao recebimento de aviso prévio equivalente a oito dias de salários".

Acórdão n. 430—61.
Publ. D. O. 28—11—61.

Relator **"ad-hoc"**. Juiz José Dantas do Prado.

EMPREITADA

"Na ocasionalidade ou eventualidade da prestação do serviço e na incerteza do salário é que se encontra seguramente a definição perfeita de empreitada, excludente da relação de emprêgo".

Acórdão n. 451—61, de 12—12—61.
Publ. D. O. 19—12—61.
Relator: **Juiz Carlos Coqueijo Costa.**

FÉRIAS

"Cálculo das férias, no caso de seu pagamento durante o período de gôzo, se faz de acôrdo com o art. 140 consolidado. Na hipótese de rescisão, aplica-se o art. 142. Inteligência dêsses dispositivos".

Acórdão n. 457—61, de 12—12—61.
Publ. D. O. 21—12—61.
Relator: Juiz **Carlos Coqueijo Costa**

JUSTA CAUSA

"Justa é a dispensa de motorista de caminhão, conseqüente a acidente que projudicou a emprêsa, resultando provada a culpa do mesmo".

Acórdão n. 459—61, de 5—12—61
Publ. D. O. 23—12—61.
Relator: Juiz **Alberto Honorato Campos de Albuquerque.**

ÔNUS DA PROVA

"Alegando o empregador em contestação ao pedido de aviso prévio, abandono de emprêgo por parte do empregado, deve prová-lo sob pena de ser condenado ao pagamento do mesmo".

Acórdão n. 458—61, de 12—12—61
Publ. D. O. 21—12—61.
Relator **"ad-hoc"** Juiz **José Dantas do Prado.**

RELAÇÃO DE EMPRÊGO

"Não é tutelável pela legislação trabalhista a relação de trabalho caracterizada, exclusivamente, pelo **"animus liberalitatis"** do prestador, em função da relação de parentesco próximo e de co-propriedade na exploração agrícola".

Acórdão n. 431—61
Publ. D. O. 28—11—61.
Relator: Juiz **Elson Guimarães Gottschalk.**

RELAÇÃO DE EMPRÊGO

"Fôlhas de pagamento confeccionadas pelo empregador, sem a intervenção do empregado, não são documentos idôneos para se provar a inexistência da relação de emprêgo".

Acórdão n. 418—61.
Publ. D. O. 18—11—61.
Relator: Juiz **Elson Guimarães Gottschalk.**

NOTICIÁRIO

Posse — Presidente e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça e Corregedor Geral da Justiça.

Às 10 horas do dia 1.º de janeiro de 1962, realizou-se em sessão solene, no salão Nobre do Forum Ruy Barbosa, a posse do Des. Adalício Nogueira, no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça, bem como dos Desembargadores Renato Mesquita e Mirabeau Cotias, nos cargos de Vice-Presidente e Corregedor dos serviços da Justiça, respectivamente.

A sessão foi presidida pelo Desembargador Agenor Velloso Dantas, que concluiu o seu mandato, tendo comparecido o Governador Juracy Magalhães e grande número de autoridades, além de pessoas convidadas.

Abrindo a sessão, o Desembargador Agenor Velloso Dantas fêz uso da palavra, congratulando-se com o Tribunal pela posse do seu novo Presidente, o qual declarou empossado, convidando-o, a seguir, para tomar assento na Presidência.

Assumindo o cargo, o nôvo chefe do Poder Judiciário deu posse aos Desembargadores Renato Mesquita e Mirabeau Cotias, respectivamente, nos cargos de Vice-Presidente do Tribunal e Corregedor Geral da Justiça, proferindo, a seguir, algumas palavras, ocasião em que agradeceu aos seus pares a escolha do seu nome para o alto cargo.

Encerrada a sessão o Desembargador Adalício Nogueira dirigiu-se ao Gabinete da Presidência, onde o seu antecessor, Desembargador Agenor Velloso Dantas, lhe transmitiu o exercício.

Nessa oportunidade os funcionários da Secretaria e Serviços auxiliares do Tribunal prestaram uma homenagem ao Desembargador Agenor Velloso Dantas, falando em nome da classe o Secretário, Bel. Nathércio de Alcântara Cardoso. O homenageado agradeceu, declarando sua gratidão pela colaboração que todos lhes prestaram, durante sua gestão.

A seguir, no Gabinete do Corregedor, falou o Des. Gilberto de Andrade, transmitindo o cargo ao seu sucessor Des. Mirabeau Cotias que agradeceu.

Em nome do funcionalismo daquele órgão usou da palavra o Sr. Hélio Gomes.

Discurso de posse na Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia proferido pelo Exmo. Sr. DESEMBARGADOR ADALÍCIO COELHO NOGUEIRA, no dia 1.º de janeiro de 1962.

— Recebo neste momento, das mãos honradas do meu eminente colega e amigo, Desembargador Agenor Velloso Dantas, as rédeas do govêrno desta Casa, a suprema administração do Poder Judiciário baiano, que êle tanto exaltou e a que tão bem serviu. Ao assumí-la, cumpre-me manter intactas as tradições a que, aqui, também sempre foram fiéis todos os Presidentes, que geriram esta Instituição, elevando-a, enobrecendo-a, dignificando-a.

Meu lema, ou melhor diria, o nosso lema é o prestígio cada vez mais crescente do Poder Judiciário. Numa época em que tudo vacila e periclita, em que os velhos padrões morais se subvertem, em que as instituições fraquejam nos seus fundamentos seculares, em que o caos ameaça submergir as maiores conquistas do espírito humano, ainda fulge, no alto, uma luz, para que tôdas as vistas se volvem, ainda existe um elemento de equilíbrio e estabilidade, que pode deter a avalanche, ainda há uma fôrça que paira acima das convulsões: é a justiça.

E', pois, do nosso dever mais premente e mais instante salvaguardá-la das agressões que partem de todos os lados, pô-la à salvo da arremetida dos iconoclastas, defendê-la contra tôdas as influências nefastas, que podem aluir e desmoralizar as mais sólidas construções morais. Impõe-se-nos, para tanto, sanear a justiça, expurgá-la dos vícios que porventura a defeituam, limpá-la das tisnas que porventura a enxovalham, remover do caminho, resolutamente, aquêles que a pretenderem marear e destruir, porque, em verdade, vos digo que se a justiça não se colocar à altura da sua missão e não corresponder à confiança dos nossos concidadãos, ela também poderá ser arrastada no vórtice das paixões contemporâneas, que a substituirão pelo arbítrio, pela inconsciência, pela anarquia, com o cortejo inevitável de tôdas as conseqüências funestas.

E' com êstes propósitos, meus prezados colegas e meus senhores, que assumo a Presidência desta Casa. São estas as minhas intenções, que levarei a cabo, se não me faltarem a ajuda de Deus e a colaboração dos meus companheiros.

Quero ressaltar, neste momento, com a mais profunda satisfação, a presença, neste ato, do eminente Governador da Bahia, General Juracy Montenogro Magalhães, que sempre timbrou em emprestar o mais decidido apoio, moral e material, ao Poder Judiciário.

E' uma justiça que em face de V. Excia., Sr. Governador, eu faço em nome dêste Poder que tenho a honra de dirigir. E a sua presença, bem como a de membros do Poder Legislativo nesta Casa, é uma demonstração palpável de que não é uma fantasia constitucional a evidência da separação dos podêres, que se devem entrelaçar na mais perfeita harmonia, guardada, já se vê, a necessária independência de cada qual.

Quero ainda realçar, meus senhores, que se empossaram neste ato, deixando-nos cheios de tranquilidade e esperança, os novos titulares dos cargos de Vice-Presidente e Corregedor Geral da Justiça, os Desembargadores Renato Mesquita e Mirabeau Cotias, cujos títulos notórios são uma garantia, são um penhor seguro da integridade e da inteireza de ânimo com que êles, de certo, atuarão, como substitutos de outros dois eminentes colegas, os Desembargadores José Gomes Santos Cruz e Gilberto Lopes de Andrade, possuidores de iguais títulos e que tanto souberam honrar e dignificar os cargos que acabam de deixar.

Agradecendo, meus senhores, a presença, neste ato, do Exmo. Sr. Governador do Estado, do Exmo. Sr. Secretário do Interior e Justiça, do Exmo. Sr. Reitor da Universidade da Bahia, do Representante do Sr. Comandante da 6.ª Região Militar, do Presidente da Federação das Indústrias, do Senador Aloísio de Carvalho Filho, do Sr. Procurador Geral da Justiça e demais autoridades aqui presentes e representadas, com a maior satisfação, declaro encerrada a sessão.

Discurso de posse na Corregedoria Geral da Justiça proferido pelo Exmo. Sr. Desembargador Mirabeau Cotias, no dia 1.º de janeiro de 1962.

Meus senhores:

Ao empossar-me no alto cargo de Corregedor Geral dos Serviços da Justiça, graças à dignificante deliberação de expressiva maioria dêste egrégio Tribunal, tenho a íntima e grata certeza de que estou recebendo, ao têrmo dos meus longos trinta e seis anos de judicatura, o prêmio da mais elevada distinção e da mais positiva demonstração de aprêço e confiança a que pode aspirar um juiz de segunda instância, qual o de orientar e dirigir os negócios da Justiça do Estado.

O meu desvanecimento, porém, pela investidura no honroso e difícil mandato, não consegue superar as minhas dúvidas e apreensões sôbre o completo e perfeito resultado do seu desempenho, não porque receie ou tema, ainda uma vez, defrontar-me com os empêços das minhas notórias e conhecidas limitações, mas ùnicamente pelo convencimento, já aqui manifestado, de que o penoso cargo deveria ter sido cometido a um colega mais moço e, porisso mesmo, mais bem armado daquela fôrça irresistível, de otimismo e esperança, que transforma em êxito certo e seguro os sonhos e aspirações mais impossíveis.

Mas, já que outra foi a lisonjeira vontade dos meus nobres e generosos colegas, pondo-me aos velhos e sofridos ombros a sobrecarga dessa responsabilidade, rendo-me a ela, afirmando que, perfeitamente cônscio da sua importância e extensão, não me pouparei para manter as tradições dos que, a começar pelo saudoso Des. Liderico Santos Cruz e a terminar pelo eminente Des. Gilberto Andrade, souberam dar o melhor dos seus esforços e da sua dedicação para que a Justiça baiana se conservasse sempre, naquilo que ela tem de essencial e relevante, ao nível superior, de eficiência e moralidade, reclamado pelo interêsse público.

Sem falsa modéstia, com base no meu passado e no meu presente, sei e sinto que poderei levar a bom têrmo a espinhosa tarefa, principalmente porque pretendo exercê-la, antes e acima de tudo, animado de um espírito de coleguismo isento de vãos pruridos de superioridade hierárquica, mas feito de intransigente e serena energia, que penetre as raias da sadia fraternidade, na apreciação dos atos dos que errarem, como geralmente acontece, por mero lapso do entendimento e não da consciência, antes por motivo das naturais insuficiências subjetivas, tão comuns na multifária natureza humana, do que, pròpriamente, por causa de um embotamento moral irreversível e desalentador.

Sabendo, de experiência própria, que a função do juiz não se iguala a nenhuma outra, valendo uma missão de sacrifício que se exalça às culminâncias de um apostolado, também sei que o caráter do magistrado, como o de todo homem de bem, não deve ser apenas uma virtude, mas uma vitória conquistada na luta ingente e sem tréguas, dia a dia empenhada contra as solertes e sedutoras fôrças do mal, cujo poder de penetração transpõe até o remanso silencioso dos claustros, onde a exaltação da fé requeima, no timorato coração dos noviços, as tremendas e pecaminosas solicitações da vida.

Mas, infelizmente, não se pode esperar dos homens, fora das vocações religiosas, o milagre da mesma e mística renúncia. Porisso mesmo, a minha principal e constante preocupação, para resguardar a moral incomum, que deve aureolar a reputação do juiz, será a de prestar a maior assistência e solidariedade possível aos colegas que delas necessitarem, especialmente aos jovens e inexperientes, que servem nos nossos longínquos e desconfortáveis sertões, quase sempre atraiçoados pelas injunções ambientes, de que o tédio e o desânimo, pela injustiça do nosso esquecimento e desinterêsse, não raro, se constituem nos principais fatôres de desvio da linha ideal de conduta, normal, serena e uniforme, que têm a obrigação de seguir e perservar.

Não afrouxarei também, um só instante, a minha vigilante disposição de conseguir que todos cumpram bem os seus deveres, quer orientando-os assídua e solicitamente, inclusive nas suas dificuldades de aplicação da lei e do direito, quer investigando pessoalmente, sempre que possível, tôdas as falhas de procedimento que cheguem regularmente ao meu conhecimento.

Tendo sempre presente a advertência da sabedoria do simples homem do interior, quando nos alerta de que, "por falta de um grito, muitas vezes se perde uma boiada", não vacilarei em apurar, corrigir e reprimir tôdas as pequenas faltas que me forem formalmente denunciadas, com o único e justificado objetivo de evitar que elas, pela sua reiteração, venham a se avolumar de tal modo que se tornem irremediáveis, ou cuja repressão resulte, de qualquer sorte, um considerável prejuízo para os interêsses da justiça.

Por outro lado, entendendo, com o sábio Séneca, através da palavra do grande Vieira, que "contemporizar-se com os maus, é mandar-lhes que o sejam", não medirei esforços para eliminar da magistratura baiana as "ovelhas negras" que nela, porventura, ainda restem ou venham a aparecer, convencendo aos aventureiros da Justiça, de uma vez por tôdas, que nunca houve nem haverá, na Bahia, clima propício às suas investidas contra as nossas sagradas tradições de dignidade e retidão.

Para cumprir, exata e integralmente, êsse elementar e imperioso propósito, porém, necessito da ajuda e colaboração de todos os que pelejam as lides forenses com amor e lealdade, especialmente da arejada compreensão e valioso préstimo dos colegas — juízes, promotores e advogados — assim como da denodada e patriótica imprensa baiana, cujos órgãos publicitários poderão ser a minha maior fôrça auxiliar, pela sua onipresente vigilância e desinteressado empenho de informar e esclarecer a opinião pública sôbre a regularidade ou as deficiências dos serviços judiciários.

Contando com essa preciosa cooperação, que sinceramente desejo e reclamo, nutro as mais seguras esperanças de que, nesse biênio que hoje se inicia, a atuação da Corregedoria Geral da Justiça, em harmonia com os outros órgãos responsáveis pela normalidade dos destinos da nossa digna e culta Magistratura, continuará a se orientar no sentido de imprimir aos negócios da Justiça do Estado uma diretriz condizente com os anseios de progresso da Bahia, em grandeza, prosperidade e respeitabilidade.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA CELEBRA DOIS CENTENÁRIOS

Pelo transcurso dos centenários de nascimento de dois dos seus mais ilustres membros — os Desembargadores **Ponciano Ferreira de Oliveira** e **Amâncio José de Souza**, o Tribunal de Justiça da Bahia prestou-lhes as homenagens de veneração devidas às suas memórias, realizando duas sessões públicas, em que a vida e a obra dos eminentes mortos foram postas em relêvo através a palavra dos oradores que falavam, assim em nome do Tribunal como de outras instituições culturais a que estiveram aquêles ligados.

O centenário do Cons. Ponciano passou a 19 de novembro de 1961 e o de Cons. Amâncio em 1.º de dezembro de 1961.

Ambas as sessões, revestidas de sóbria solenidade, contaram com a presença das autoridades, inclusive o Sr. Governador do Estado, de grande número de juízes, advogados, professôres universitários e pessoas das famílias dos homenageados e das suas relações.

Revista Jurídica — que já se referira às efemérides em seu primeiro número, publica, no presente, os discursos dos Des. Renato Mesquita e Simas Saraiva, intérpretes do Tribunal, sendo que o último falou também em nome do Tribunal de Contas e o primeiro pela Associação Brasileira dos Magistrados, Delegação da Bahia, a que se deve a iniciativa dessas comemorações.

O Prof. Mário Barros associou-se pela Faculdade de Direito, ao culto do Des. Ponciano, que nela ensinou, durante 35 anos, falando o Prof. Jayme J. Ayres, pela mesma Faculdade e a de Ciências Econômicas, na homenagem ao Cons. Amâncio.

Pela família daquele agradeceu, em comovida oração o seu ilustre filho, Dr. Valdomiro Montenegro de Oliveira e pelo segundo o provecto advogado Dr. Gonçalo Porto de Souza.

Aos venerandos juízes a gratidão da Bahia.

DES. PONCIANO FERREIRA DE OLIVEIRA

Oração proferida pelo Des. RENATO MESQUITA, em nome do Tribunal de Justiça da Bahia, na solenidade comemorativa do 1º Centenário do nascimento do Cons. Ponciano Ferreira de Oliveira.

Pratica o Tribunal da Bahia ato da mais pura Justiça, realizando esta solene sessão comemorativa do centenário do nascimento do Cons. Ponciano Ferreira de Oliveira, que durante três lustros aqui teve assento, exercendo a alta judicatura com excepcional competência e impecável dignidade, legando-nos o exemplo do seu vasto saber e das suas peregrinas virtudes.

Talvez mesmo se possa emprestar a esta homenagem póstuma o caráter de uma reparação, do resgate de uma velha dívida, imprescritível como tôda dívida de honra, porque sempre guardada e muitas vêzes confessada na consciência das sucessivas gerações de Juízes integrantes desta alta Côrte, desde o seu prematuro afastamento, nos idos de 1915, com o fim de possibilitar a investidura do seu cunhado, o Des. Montenegro Júnior, que também honrou as suas tradições.

Foi no alvorecer do século que o Juiz Ponciano Ferreira de Oliveira, após realizar o 3º concurso, tal como registram os nossos arquivos, galgou, aos 39 anos de idade, o ambicionado pôsto no Tribunal de Apelação e Revista da Bahia, substituindo o Cons. José Macêdo de Aguiar. Nessa competição foram seus companheiros Ezequiel de Souza Pondé, Reginaldo Alves de Melo e Augusto Vergne de Abreu, logrando Ponciano o 1º lugar.

Deixava, assim, a comarca de Serrinha, de que fôra o 1º titular e onde judicara por um decênio, a partir de 1890. Fizera o seu noviciado forense como Promotor Público (1884) e depois Juiz Municipal e de Órfãos da Comarca de Nazaré (1885-1889). Pleiteara o acesso a esta côrte, pela 1ª vez, em 1898, disputando a vaga deixada pelo Cons. João Batista Cerne, sendo competidores seus, nessa oportunidade, Arlindo Batista Leony, Eduardo Augusto da Silva e Pedro Joaquim dos Santos. As provas dêste certâmen assistiu o Governador Severino Vieira.

Prestou o juramento de estilo em sessão plenária de 20 de maio de 1909, perante o Cons. Pedro Mariani, seu Presidente, assumindo o exercício, a 1º de junho, em sessão presidida pelo Cons. Joaquim Antonio de Souza Spínola, presentes os Conselheiros Bráulio Xavier da Silva Pereira, João Torres, Felinto Bastos, Amâncio de Souza, Botêlho Benjamin, Pedro dos Santos e o Procurador Geral do Estado, Pedro Isaac de Araújo, não tendo comparecido os Conss. Américo Barreto, Eustaquio Seixas e Eduardo Augusto da Silva.

Trazia o jovem bacharel para esta augusta Casa, além do meritório tirocínio, vasto e profundo saber jurídico, alicerçado em boas e sólidas humanidades, hauridas no velho 7 de Setembro, do Prof. França.

Dessa cultura deu mostras não só na exposição oral dos pontos sorteados para os exames — (um dêles sôbre o divórcio, suas causas e efeitos, conveniência ou não da sua admissão no Brasil) — como, sobretudo, nas dissertações e proposições escritas que apresentou, por exigência legal.

Dois dêsses trabalhos constituem verdadeiras e preciosas monografias sôbre os assuntos versados. "Do Penhor Mercantil" e "Do Mandato e da Comissão Mercantil". São produções intelectuais e científicas ainda hoje apreciáveis e que representaram, então, valiosa contribuição às letras jurídicas nacionais, merecendo encomiosas referências dos que, como o mestre Carvalho de Mendonça, explorariam, mais largamente, a seara do Direito Comercial, cujo precursor fôra o nosso grande Silva Lisbôa. Tambem Afonso Dionísio da Gama, nos seus clássicos manuais, ocorre-se, freqüentemente, do escritor baiano.

Desta sua cultura jurídica e do seu permanente amor ao estudo, cujas primícias colhêra no curso acadêmico do Recife, onde conquistara, a 30 de novembro de 1883, a láurea da distinção, iria pouco depois, oferecer cabal confirmação, ingressando no magistério superior, como lente substituto da 1ª seção da nóvel Faculdade Livre de Direito da Bahia, que o idealismo e a tenacidade do seu irmão mais moço — José Machado de Oliveira, prevalecendo-se das franquias da legislação republicana, fizera, afinal, erguer, em 1891, como marco decisivo do progresso espiritual da velha província-mater, satisfazendo assim a uma remota aspiração dos baianos, manifestada, entre júbilos e esperanças, desde a passagem festiva por estas plagas do escorraçado príncipe D. João, ao qual chegaram a oferecer, com êsse objetivo, o vultoso donativo de 80 contos de réis.

Machado de Oliveira, cuja vocação jurídica se revelara ainda mais espontânea e decisiva do que a do irmão, conforme nô-la relata, comovidamente, Valdomiro Montenegro de Oliveira, seu dileto sobrinho, filho de Ponciano, não teve, entretanto, a pertinácia dêste na consagração ao ensino, para o qual, talvez, possuísse ainda maiores pendores. Cedo abandonou a escola dos seus sonhos e sacrifícios, indo lecionar, a convite, no mais famoso cenáculo da cultura jurídica pátria, a Faculdade paulista, que também logo deixara para o exercício da advocacia, onde granjeou merecida fama e independência econômica.

Ponciano, ao contrário, conservar-se-ia fiel ao mister docente até o fim da vida, praticando-o ininterruptamente, por longos 37 anos, com dedicação e proficiência ressaltadas pelas sucessivas gerações de discípulos, muitos dos quais, e dos mais ilustres, já deram o seu público testemunho e agora o faço igualmente, dentro da minha obscuridade.

— A seção para a qual se inscrevera, em 14 de outubro de 1902 e fizera provas entre 16 e 23 de março do ano seguinte, abrangia Filosofia do Direito e Direito Romano. Foi classificado em 1º lugar, contra um voto apenas, dado ao seu ilustre concorrente, Almachio Diniz.

Em 1904 era transferido para a 7ª seção de que fazia parte a matéria da sua preferência, o Direito Comercial, em cujo ensino já substituía, nos anos de 1905 e 1906 ao Prof. Pedro Vergne de Abreu. Em fins de 1906 dava-se o seu provimento efetivo nesta cadeira, tendo a douta Congregação aceito como títulos as suas já mencionadas teses para o Tribunal.

Os primeiros lentes de Direito Comercial em nossa Faculdade foram Emidio Joaquim dos Santos e Sebastião Pinto de Carvalho. Ainda na primitiva congregação figuraram Anfilófio Botêlho Freire de Carvalho e Alfredo Cesar Cabussú. Clemente Mariani, em fase bem mais recente, foi o seu 1º Livre docente. José Alfredo de Campos França e Descartes Drumond Magalhães ministraram também o importante ensino.

Mario Barros e Gilberto Valente, os últimos titulares da veneranda cadeira. É candidato à sucessão do que se vagou, com a morte prematura e sentida de Gilberto, o nosso atual colega Décio Seabra.

Além de acumular muitas e prolongadas vêzes as duas cadeiras em que se tem dividido a disciplina, lecionou, por motivos e períodos vários, entre outras matérias, Teoria e Prática do Processo Criminal (1922, 24 e 25, substituindo a Pedro Joaquim dos Santos), e Direito Público Internacional (1939-1940, substituindo a Bernardino José de Souza)

Tomou parte em numerosas bancas examinadoras de concursos para docentes e catedráticos da Faculdade, sendo marcantes e memoráveis, senão mesmo surpreendentes, as suas argüições.

O expositor sereno e metódico dos assuntos do programa, cuja voz meio velada quase não sofria mudança de entonação e de timbre, transmudava-se no crítico e argumentador ágil, que investia, seguro e convicto, contra os trabalhos submetidos à sua arguta apreciação, sem fugir, contudo, jamais, aos padrões de tolerância, equilíbrio e sinceridade que lhe informavam a personalidade de Juiz e de Mestre. Que o digam os seus ilustres argüidos, entre os quais Nestor Duarte (Introdução à Ciência do Direito), Orlando Gomes, e Evandro Balthazar da Silveira (Direito Civil-Direito Internacional Privado).

Muitos outros assinalados serviços ficou-lhe devendo a sua e nossa Faculdade, que êle amou e dignificou como poucos, numa fase da sua existência em que tais dedicações traduziam desprendimento e até renúncias e sacrifícios.

Já em 1904 redigia-lhe a memória histórica, a derradeira, creio, que se publicou. Exerceu a função de Tesoureiro de agôsto de 1926 a março de 1932. Pertenceu à Comissão de Finanças entre 1934 e 1940; ao Conselho Técnico-Administrativo de 1939 a 1941. Fez parte das bancas de exames vestibulares em 1938 e 1939.

Foi paraninfo das turmas de 1913 e 1917 daquela sendo integrante o nosso preclaro colega Álvaro Clemente, do qual acabo de receber o ofício que passo a ler:

"Salvador, 19 de novembro de 1961.

Senhor Desembargador:

São também homenageantes, nesta data, à memória do Conselheiro Ponciano Ferreira de Oliveira, os componentes da turma de bacharelandos do ano de 1913, pela Faculdade de Direito da Bahia, da qual foi o homenageado Paraninfo.

O Professor Edgard Paulo da Mata — um dos bacharéis que receberam o diploma àquela época — estava indicado para interpretar o sentimento de seus Colegas, vendo-se, repentinamente impossibilitado de fazê-lo, por ter adoecido à última hora.

Dessarte, pedem os mesmos a V. Exa. que dê publicidade dêsse fato na sessão solene que se vai realizar dentro de alguns instantes e ao mesmo tempo lhes conceda a honra de subscreverem os conceitos emitidos no seu discurso, como se proferidos pelo seu representante — imensa honraria que agradecem, reconhecendo-o, assim, como seu legítimo mandatário para a finalidade especialíssima".

Tive-o como homenageado, no nosso quadro de formatura em dezembro de 1932, ao lado de Filinto Bastos, nosso paraninfo.

Tendo Ponciano se aposentado, desde 1915, pelo motivo já apontado, a advocacia passou, desde então, a constituir outra atividade onde permaneceu até a morte, a 17 de janeiro de 1941, exercendo-a sempre com vigor e maestria, tanto no fôro da capital, como no interior, dela auferindo meios que lhe completassem os parcos subsídios da aposentadoria e do magistério.

A política, que muito cedo lhe dirigiu acenos tentadores, nunca o atraiu, talvez porque das suas lutas e asperezas, em que estivera envolvido o pai honrado, o Capitão Hermógenes Ferreira Batista, sòmente guardasse impressões negativas, como a de que resultara a eliminação do apelido paterno para só conservar o da família de Isabel da Visitação, sua genitora. Talvez porque considerasse a enganosa feiticeira incompatível com o seu temperamento e a sua vocação.

Ainda assim, não deixou o nosso biografado de prestar-lhe valiosa contribuição, em circunstâncias especiais e relevantes.

Vamos encontrá-lo desempenhando altas funções administrativas em dois momentos cruciais e culminantes da história pátria no âmbito desta província: Secretário do último govêrno monárquico da Bahia, o do Cons. Almeida Couto, cargo no qual permaneceu por algum tempo, após o advento do nôvo regímen, a instância dos dois primeiros governantes republicanos estaduais, Virgílio Damásio e Manoel Vitorino Pereira, deixando-o quando êste último foi afastado da chefia do executivo baiano, a 25 de maio de 1890.

O jovem bacharel de menos de 29 anos, em cuja capacidade confiaram aquêles eminentes conterrâneos, retornou à magistratura, indo, como já referi, instalar a comarca de Serrinha. No decênio da sua jurisdição nessa aprazível cidade sertaneja e por fôrça mesmo do seu exercício, teria o acatado magistrado nova oportunidade de comprovar o seu inalterável espírito público e o seu profundo civismo, cooperando com os podêres constituídos ao longo da incrível Guerra de Canudos, dando assistência aos comandos das tropas que por ali demandavam às frentes de combate, tornando-se uma espécie de Intendente, além de representante do Governador Luiz Viana, seu velho amigo. Nova demonstração de honradez, bravura e espírito de sacrifício, em que se enrijecia uma personalidade de escol.

Quarenta anos depois deparâmo-nos com Ponciano, agora o velho Conselheiro que eu conheci e reverenciei, ocupando, em igual efemeridade, lugar de evidência na cena política estadual, vencendo a excessiva modéstia que o mantinha em perene recolhimento, cedendo, por certo, aos imperativos da sua consciência patriótica, que a vitória da Revolução de 30 povoava de novas esperanças e impelia a novos sacrifícios. Nesta fase convulsionada da vida política nacional foi, por alguns dias, Secretário Geral da Interventoria do Cel. Ataliba Osório e depois membro do Conselho Consultivo do Estado e seu presidente, no Govêrno do Tenente Juracy Magalhães.

Sob a Constituição de 1934 integrou, como jurista, o Tribunal Regional Eleitoral ajudando, com a sua experiência e autoridade, a consolidar o prestígio do nôvo organismo judicial em que assentava a legitimidade do sistema representativo popular.

Ainda foi, por algum tempo, substituto de Auditor de Guerra da VI Região Militar.

Aí estão alguns pontos da parábola percorrida pelo nosso homenageado, em sua longa, edificante e benemérita existência.

Porque também exemplar e expressiva, merece referida, nesta evocação que vimos tentando fazer com a simplicidade de que se revestiu essa preciosa vida, a sua trajetória pela órbita da família, fonte perene e insubstituível de tôdas as energias humanas. Constituiu-a Ponciano, seis meses após a sua formatura no Recife, onde conhecera a eleita do seu coração, Alice, filha do ilustre baiano, então Juiz do Comércio da capital pernambucana, Tomás Garcez Paranhos Montenegro, cuja casa era, no dizer de Valdomiro Oliveira, para os estudantes conterrâneos, como um prolongamento do lar distante.

O enlace matrimonial celebrou-se a 3 de maio de 1884. No ano seguinte, após ingentes lutas, Machado de Oliveira ali aportava como paladino do mesmo ideal, para cujas primeiras vitórias fôra decisiva a cooperação material da sogra do irmão, terminando por casar com uma das cunhadas.

Tomás Garcez Paranhos Montenegro estaria, vida afora, ligado aos dois Oliveira, já por êsses laços afetivos e legais, já pelas iniciativas e atividades a que se consagraram.

Daquele consórcio nascia um lar, a tôdas as luzes, feliz, cujas virtudes aqui também se proclamam, tanto em louvor à sua beleza cristã, como no daqueles que lhe herdaram o nome honrado e lhe seguiram a trilha: Hermógenes Montenegro de Oliveira, Mario Montenegro de Oliveira, Valdemiro Montenegro de Oliveira e José Machado de Oliveira Sobrinho.

Com êste breve esfôrço biográfico poderia dar por cumprida a grata incumbência que me confiou o Tribunal.

Os que agora se reunem neste culto de veneração foram quase todos contemporâneos do Conselheiro Ponciano, ainda que pertencente a diferentes gerações, e, na maioria, seus discípulos.

Os poucos traços da sua vida, que esbocei, seriam mais do que suficientes para cada um de nós lhe reconstituir o retrato, em suas mentes e corações.

Bastariam, aliás, que lhe pronunciássemos, com o afeto da saudade e da admiração, o nome — Conselheiro Ponciano, o velho Ponciano, para que nos recantos da noss'alma, onde dormem as sementes da lembrança, esta reflorisse, trazendo-nos o seu vulto austero, recolhido à própria intimidade, no seu andar leve, dirigindo-nos, quem sabe, em resposta a uma saudação nossa, um daqueles seus cumprimentos típicos, tirando o chapéu de fêltro amassado, de trás para diante, a cabeça avantajada abanando, deixando-nos ver os cabelos que a idade não esmaecera, enquanto o bigode ralo cedo grisalhara, e as faces, sempre coradas e glabras, esparziam, em sua feiura simpática, franqueza e bondade.

Na perfeita sintonização dêste auditório, até o silêncio traduziria bem o côro uníssono das nossas loas.

Mas as palavras que já proferi e, sobretudo, os nomes que associei aos do Conselheiro, por estarem na órbita da sua trajetória, bem como os fatos que registrei, nada mais pretendem do que ajudar-nos a situá-lo temporal e socialmente.

Poderemos, nessa perspectiva contemplá-lo em sua autêntica grandeza, digna, por certo, da nossa glorificação.

Não se fazem necessário confrontos, nem contrastes para justificá-la.

Não terá atingido as cumiadas das montanhas.

Tão pouco ficou na planície.

Se nos rendêssemos à tentação de tomar Ponciano como personagem da história por êle compartilhada, ressaltando, à maneira ortegueana, os elementos da sua individualidade e os dados das suas circunstâncias bem que o divisaríamos no alti-plano a que se elevou, não sòmente por fôrça do prestígio social das instituições e atividades a que se consagrou, mas sobretudo, da sua obra pessoal e da fidelidade à sua vocação e no ideal.

Verificaríamos, assim, que no sistema vectorial das fôrças orientadas que é a Sociedade, cujas estruturas se definem por movimentos e tensões várias e onde a vida humana pode ser representada, na imagem de Julian Marias, por uma flecha, um rastro incandescente deixou Ponciano no horizonte místico da nossa terra.

Está vista que um ensaio dessa natureza excederia os limites e propósitos desta solenidade.

Não é mal, porém, que insista em sugerir-vos tal critério estimativo, que nos levará a concluir não ter sido a vida pessoal do Conselheiro Ponciano, destoante da dinâmica da sua época, das vigências e aspirações dominantes.

Compreendendo que a vida histórica é convivência, e que ela afeta aos homens enquanto são pluralidades coexistentes e sucessivas ao mesmo tempo, poderemos, no simples esboçar dêste método biográfico, em que os fatos, as pessoas e as instituições se articulam em diferente níveis e com intensidades variáveis, destacar daquelas constelações onde aparece, bem visível, a estrêla que, há um século surgia na Fazenda Gameleira, da vila de Entre Rios, e cuja luz ainda nos alcança.

Não se faltará por outro lado, à verdade, afirmando que Ponciano Oliveira pertenceu àquela aristocracia superior de que nos fala Marañon, ao referir-se aos homens que se realizam na plenitude da sua personalidade, demonstrando no serviço ativo e eficaz de uma profissão, a um só tempo, vocação e aptidão.

Como vêdes, senhores, não me preocupa retratar-vos quem vos foi por demais conhecido, o que seria desnecessário, nem me aventuraria a fazê-lo para a eternidade, tanto reconheço faltaram-me engenho e arte.

Limito-me à tarefa mais obscura, de mero artesanato, de tentar recompor a moldura da sua vida e da sua personalidade, ou talvez a do modesto artífice que, na arrumação das peças expostas à admiração do público interessado ou curioso, acende aqui e acolá algumas lâmpadas que, produzindo melhor visão das imagens, nos despertem compreensão e estimulem afeição.

Pois bem, seja-me permitido prosseguir neste aprazível desempenho, juntando ao meu insignificante depoimento o de outros abalizados discípulos e admiradores de Ponciano de Oliveira.

Não o conheci no exercício da judicatura, nem me foi possível recolher nos arquivos desta Casa elementos que me capacitassem a um juízo pessoal.

A fama, porém, que é um dos arautos da história, no-lo revela impecável, perfeito na prática da excelsa missão, para a qual, isto podemos atestar, possuía todos os requisitos de inteligência, cultura e caráter — vocação e aptidão — independência e fortaleza de ânimo.

Féz-lhe justiça a Associação dos Magistrados Brasileiros, pela sua delegação baiana, perpetuando-lhe a memória com a instituição da medalha esculpida com o seu nome, a ser conferida ao Juiz da 3ª entrância que mais se distinguir, cada ano, no desempenho das suas funções.

A sua produção jurídico-científica, sôbre a qual darei adiante breves impressões, não sòmente nos comprovam a extensão e o bom quilate dos seus conhecimentos, mas encerram valiosos conceitos e regras concernentes ao papel do Juiz na apreciação dos fatos e na aplicação das normas, o que nos autoriza a colocá-lo entre os Juízes dinâmicos e compreensivos, capazes de apreenderem o direito na tríplice dimensão em que hoje se o focaliza — conduta — norma e valor — na integridade da sua essência.

Nos atributos inerentes à sua personalidade vamos encontrar as raízes da sua modernidade, que, em última análise reflete, sob o prisma sócio-cultural de cada ciclo histórico, o ideal eterno da Justiça.

O saudoso Medeiros Neto, evocando-o em primorosa conferência da série comemerativa do cinqüentenário da nossa Faculdade, oferece-nos êste traço para a composição de agora: "Ponciano continuava na Cátedra o método analítico dos seus votos, no mais alto Tribunal de Justiça do Estado, de que foi sempre luminar".

Mestre Rogério de Farias, em perfil que escreveu para a nossa **Revista Jurídica**, prestes a vir a lume, destacou-lhe a mesma integridade e eficiência, no-lo apontando como "magistrado que envolvido na sua toga, era minucioso e pertinaz no exame dos problemas judiciários sujeitos à sua apreciação, jamais admitindo que a inércia, a preguiça, o espírito de rotina ou interêsses particulares se

erigissem acima do nível dos interêsses gerais". E continua: "Exercia a judicatura como um sacerdote. Na clausura da sua modéstia era um bravo na manifestação das suas atitudes... vacinado contra a contaminação dos poderosos... jamais buscando os ouropéis da fama... sem opiniões preconcebidas... Era, em suma, um guardião do decôro judicial... professando pelas vestes talares aquêle respeito quase supersticioso a que se reporta Pierre Bonchardon..."

O jovem advogado Gilberto Valente, que na vida profissional e cultural procura seguir a esteira do Pai ilustre, tão prematuramente roubado ao nosso convívio, fazendo eco à voz da tradição, estereotipou-o, na solenidade judiciária de 1959 nestas expressivas palavras: **"Suaviter in modo, fortiter in re".**

Se aqui nos puséssemos a perquirir até que ponto terá a sua atuação nesta Casa contribuído para o aprimoramento do direito e a prática da justiça, eu recordaria êsse pensamento do grande juiz norte-americano Oliver Wendel Holmes, de que "a glória dos juristas, como a dos homens de ciência, é mais corporativa do que individual"... "O nosso trabalho, acrescenta, é um processo orgânico infindo". "Quando ouço", prossegue Holmes, "que um dos seus construtores concluiu a tarefa, não indago que estátua colocou êle sôbre algum pedestal conspícuo, mas penso no processo total e digo comigo mesmo: êle fêz sua parte para ajudar o misterioso crescimento do Mundo, em direção ao futuro desconhecido".

Expressivo também é o comentário que ao referido juiz faz o seu biógrafo: "Quando então se trata de uma Côrte judicial, raramente se pode distinguir ou destacar a qualidade do seu trabalho e da sua reputação, da aptidão, e da personalidade dos que a constituem, de tal forma se confundem Côrte e Juízes e se integram as ações dêstes na tradição e no destino daquela. Conservar-lhe e robustecer-lhe os elevados padrões é o dever e a glória, anônimos embora, de todos e de cada um".

Do seu magistério, que foi também profícuo e nobilitante no testemunho das sucessivas gerações dos seus discípulos, entre os quais se inclui a minha querida turma, que o elegeu um dos seus homenageados, dêsse seu prolongado e devotado ministério não preciso dizer-vos mais. Dentre os mestres de hoje já lhe publicaram os méritos Adalício Nogueira, Orlando Gomes, Alexandre Augusto Machado, Lemos Brito.

A sua Escola deixou-o lapidarmente consignados na moção que lhe votou a congregação, quando da sua morte.

A 2ª Cadeira de Direito Comercial instituiu prêmio com o seu nome aureolado, em recompensa ao melhor estudante da disciplina.

Voltemos, agora, ainda que **à vol d'oiseau,** à produção jurídico-científica do Cons. Ponciano. Não foram numerosos os seus escritos publicados e se encontram dispersos, sendo de supor-se haja valiosos inéditos. Bastam contudo êsses trabalhos para situá-lo em posição de relêvo entre os seus coevos e confrades.

Li os que pude obter. Ao fazê-lo parecia-me estar ouvindo o mestre querido em suas preleções, um tanto monótonas pela entonação da voz, mas sempre eruditas e profundas, acompanhadas de movimentos da cabeça e de gestos características, prendendo-nos sempre a atenção respeitosa e bastando-nos, na maioria dos casos, pelos apontamentos que tomávamos, para a compreensão dos assuntos do programa da cadeira, que êle cumpria religiosa e integralmente.

As duas monografias a que já fiz alusão constituem raras e preciosas jóias da literatura baiana. Nelas se comprovam a cultura geral e a competência do comercialista.

Estilo escorreito, vivaz, gracioso até em certas passagens. Método, clareza, segurança na exposição.

Erudição e perfeito conhecimento dos princípios gerais, bem como da doutrina e da legislação, assim nacional como estrangeira. Senso crítico, independência e muitas vêzes originalidade de opinião. Sinceridade de convicção.

Essas as impressões mais fortes que me ficaram e seria fácil demonstrar. Lendo, por exemplo, a dissertação sôbre o "Mandato e a Comissão Mercantil", referta de conceituações e distinções bem fundadas, logo descobrimos o segrêdo das suas argüições notáveis em concurso.

O mesmo diga-se do parecer sôbre a "irrevogabilidade da autorização paterna para o menor comerciar", onde, comentando o artigo 1º de nosso Código Comercial, emite, com vigor, opinião contrária as de Lyon Caen e Renault, utilizando, na sustentação do seu ponto de vista, argumentos assim teleológicos, como sociológicos. Do mesmo teor o estudo sôbre "a possibilidade de serem os incapazes mandatários", onde, opinando pela negativa, contraria a doutrina dominante esposada por Teixeira de Freitas.

De igual quilate é a dissertação com que enriqueceu a Poliantéia que os colegas e discípulos de Filinto Bastos fizeram publicar, em 1916, em honra do 60º aniversário daquele mestre. Versa o trabalho sôbre a palpitante questão de saber "se é lícito a uma das partes contratantes satisfazer a multa convencionada para eximir-se da obrigação contratual". Concluindo pela solução negativa, em forma convincente, aquêle estudo talvez constitua um dos primeiros comentários surgidos no País aos artigos 918 a 919 do então recém-promulgado Código Civil Brasileiro.

Apraz-nos recordar aqui os nomes dos demais autores daqueles "Estudos Jurídicos": dentre os mortos (a maioria, aliás): Virgílio de Lemos, Pedro dos Santos, Oscar Cunha, Vital Soares, Descartes Magalhães, João Conde, Ezequiel Pondé, Odilon Santos, Amâncio José de Souza, João Santos, Manoel Luiz do Rêgo, Ernesto Sá, Severino Vieira, Medeiros Neto, João Marques dos Reis, Bernardino José de Souza, Luiz Almeida. Os sobreviventes, para gáudio nosso: Eduardo Spínola, Lemos Brito, Ubaldino Gonzaga, Gonçalo Pôrto de Souza, Rogério de Faria.

Acredito que a simples referência de todos êsses nomes eméritos, como daquel'outros já pronunciados, ressôem aos ouvidos de todos nós como verso de um Poema, cuja recitação vem muito a propósito do preito rendido a Ponciano de Oliveira.

Não resisto ao impulso de fazer incidir sôbre a sua estimada figura um outro facho que lhe refletirá mais um prisma da sua rica personalidade.

Foi, aliás, sob a claridade dêsse archote da Fé que a sua imagem veneranda surgiu, pela vez primeira, aos meus olhos de adolescente, aluno do Colégio Antônio Vieira, nos últimos anos do meu curso secundário, pelos idos de 1927 e 1928.

O grande mestre e educador daquele tempo, o saudoso Padre Luiz Gonzaga Cabral,

guia esclarecido e estimulador entusiasta da renovação espiritual e cultural do catolicismo em terras baianas, autêntico missionário da gloriosa estirpe dos Nóbrega e dos Anchieta — o Vieira redivivo — predicando na "selva selvaggia" da ignorância e do indiferentismo religiosos — o Padre Cabral costumava pôr os seus discípulos mais adiantados e salientes, no Colégio, em contacto com os acadêmicos e professôres universitários, pertencentes à Congregação Mariana Acadêmica e ao Círculo Católico de Estudos da Mocidade Acadêmica, os instrumentos vigorosos daquele seu duplo apostolado.

Pois bem, Ponciano Ferreira de Oliveira, que se não deixou ofuscar, nos seus anos de formação no Recife, pelo enganoso brilho de um século cujos corifeus proclamaram de luzes e que um seu impiedoso crítico, Leon Daudet, taxaria de "estúpido", Ponciano, tal como Filinto, embora recebendo daquele centro e de sua famosa Escola os influxos renovadores no campo das ciências sociais e jurídicas, não se deixara abalar nas convicções da sua crença nem nos princípios básicos da Filosofia Perene em que alimentara a sua cultura.

Ponciano encontrava-se entre aquêles que, no ano de 1917, atenderam ao apêlo do grande Jesuíta português, vindo, como o seu exemplo ativo, estimular os moços na jornada vivificadora.

Integrava-se, assim, noutra radiosa constelação, onde brilharam Filinto Bastos, Alfredo Ferreira Magalhães, Egas Moniz Barreto de Aragão, Alvaro Fróes da Fonseca, Antônio Carneiro da Rocha, Francisco Marques de Góes Calmon, Francisco Luiz Carrascosa, Francisco Prisco Paraizo, José Eduardo Freire de Carvalho, Justino da Silveira França, Manoel Pirajá da Silva, Mário Peixoto, Sílvio Deolindo Fróes, Teodoro Sampaio e tantos outros.

Aí está mais uma estrofe harmoniosa dêste meu descolorido Poema. Transcrevo-o do Arquivo Mariano Acadêmico. Lá também se encontram fotografias em grupo dêsses vultos do nosso recente passado... Ali vemos Ponciano aos 56 anos, fisionomia sizuda, colarinho duro, redondo e alto, trajo escuro, chapéu de côco numa mão, na outra um guarda chuva de cabo de prata...

Êsse o homem cuja lembrança hoje aqui nos reune para o culto sincero da afeição e da reverência.

Foi puro de espírito e limpo de coração.

Não ambicionou o Poder, nem a Glória.

Mas a sua vida teve bastante fôrça para, um século depois da sua eclosão, nos impelir a êste ato público de Justiça.

Nela encontramos o segrêdo admirável de múltiplos heroismos, alicerçados na imperturbável modéstia que mais os realça.

Se nos rastros de seu transcurso não deparamos as marcas daquelas figuras, por vêzes desumanizadas, exaltadas pelos construtores de Pantheons, Plutarco ou Carlye, Emerson, James ou Nietzsche, nem por isto são menos dignos dos nossos louvores a sua conduta e os seus feitos, testemunhos de uma constante fidelidade ao Ideal e à Vocação, que outros não foram senão os de servir ao Direito, nas suas fontes mais elevadas e puras.

Esta vida, cujos revérberos nos iluminam, merece a nossa consagração, porque assentada nos pilares eternos da Sabedoria e da Virtude.

DES. AMANCIO JOSÉ DE SOUZA

Oração do Des. Simas Saraiva, em nome do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado, pronunciada na Sessão Solene comemorativa da passagem do 1.º centenário do Insigne Jurista.

Quiseram destacar a minha pessoa para que eu fôsse orador nesta solenidade onde se lembra o nome de um grande filho da Bahia, hoje reverenciado e evocado da glória da eternidade, no primeiro centenário do seu nascimento.

Aqui se fazia mister de uma viva inteligência, onde a cultura e a ciência e a oratória, de mãos dadas, viessem, não digo exaltar, porque o chamado nome de Amâncio de Souza é uma grandeza em si mesmo, mas apresentar, ao menos, em traços firmes, o seu perfil. Mas a vontade do Egrégio Tribunal de Justiça me escolheu, deixando de lado as suas melhores luzes, e a bondade dos eminentes pares do Egrégio Tribunal de Contas, e do seu ilustre Presidente, deu-me, por sua vez, essa dignidade.

Eis aqui a razão da minha presença,

Senhores:

Quando a pedra tumular faz desaparecer o corpo de um homem, aquela vida que se apagara para os olhos carnais dos parentes e amigos e admiradores vai explicar-se na espiral de novas mutações. Aquêle espírito ascende para outras revelações de vida, e projeta as suas luzes para os corações dos que o amaram, o veneraram, e o respeitaram na nobreza dos seus sentimentos, e dos seus atos.

E na relatividade de tôdas as circunstâncias, na face da terra, se a vida, à luz do dia, apresenta os traços da face, a boca que se abre para a expressão do pensamento, a estatura do homem, o movimento dos braços, e das mãos, a cadência dos passos, a morte, no escurecer da noite que desce apaga pouco a pouco, até a sua completa escuridão, os traços e os gestos.

Sim, apaga, como expressão da passada convivência, em estado de consciência, que importa ainda um singular desdobramento de vida emocional, do sobrevivente.

É porque a morte traz, no evolver do tempo, uma sequência de aniquilamentos. Êsses mesmos parentes e admiradores vão passando, nós mesmos, que aqui estamos, dentro da relatividade de alguns dias a mais, teremos nova visão da luz, após ter passado pelo pórtico da morte. Mas a vida continua, como expressão luminosa, na mente, no coração dos descendentes.

Eis porque, a influência dos mortos sôbre os vivos importa no encadeamento de uma realidade cada vez mais augusta e bela, trazendo a projeção do esfôrço do trabalho, o sentimento de amor vivido no exemplo da conduta para com a família, para com a sociedade, e para com Deus.

E a humanidade é una, contínua em si mesma, e a sociedade não é mais do que o tema da expressão de indivíduos, cujos interêsses ora se harmonizam, ora se destacam, ora se chocam, mas a experiência de todos os indivíduos importa na experiência máxima da própria sociedade, da própria humanidade. Daí, embora o indivíduo desapareça nas dobras da morte, a vibração tônica do seu pensamento, e sentimento, na sua atuação nobre e serena, passa a ser patrimônio espiritual dos vivos que, assim, vão se elevando para melhores conquistas.

E êsse patrimônio está colhido, e mais, está bem adquirido e, conseqüentemente, bem resguardado.

E qual foi a trajetória da vida de Amâncio José de Souza?

Teve o seu berço em lugar modesto, chamado de Capelinha, na freguesia de S. José, do município de Valença.

Data do seu nascimento: 1.º de dezembro de 1861.

Seus pais: Prof. Gonçalo José de Souza e Cândida Elvira de Souza Muniz.

Que influência teria aquêle lugar, simples e sossegado, ainda verdejante, e banhado pela graça da luz tropical, sôbre a sua infância?

Todos os corações bem conformados amam a terra que lhe fôra berço, cuja beleza, embora simples ou suave, embora rude ou agreste, fôra cenário para os olhos inocentes, fôra embalo para os passeios, e ficará fazendo parte da própria alma, porque lhe dera essência à sua formação. E quanto mais é humilde a terra que serviu de berço para o homem de grandeza moral e intelectual, tanto mais o seu povo se orgulha daquele que soube honrá-la pela sua vida, dando-lhe vulto.

Passada a fase da infância, o jovem abre os olhos para a visão do trabalho, e une os dedos para pegar na caneta. Aos 17 anos foi nomeado escrevente juramentado do seu pai, que era escrivão de órfãos e primeiro tabelião em Valença.

Está aberta a estrada, e vem o esfôrço para a escalada do futuro, na conquista do saber, e na vitoria de posições definidas.

Está aberta a estrada para um jovem cheio de esperanças, e de tenacidade e, portanto, aquela alma devia ser ferro malhado.

Certo, o ferreiro pega a barra de ferro e a joga na fornalha, e quando a tira, ela está rubra, na vida e na vibração intensa do calor. E a barra de ferro é tão fogo como aquêle crepitante da fornalha porque, na sua realidade, queima profundamente, e lançada sôbre a madeira, pode levantar uma fogueira.

Se a visão do ferro em brasa pode ser bela, à mente do ferreiro importa é bater-lhe rijo com o malho sôbre o metal para, na feição do seu trabalho, vergar e dobrar a barra a fim de que lhe saia a expressão do seu ofício, ou da sua arte.

Para a psicologia espiritualista, a individualidade está no eu, que é o pensador, sendo-lhe a mente um instrumento, que deve ser guiada, aperfeiçoada e, no melhor dos esforços, dominada.

O homem comum traz a sua individualidade apagada. Não é aquêle consciente que pega do timão para guiar o barco. A sua personalidade se apresenta nos pensamentos os mais variáveis possíveis, nas suas emoções quase à flor da pele. E os seus atos são rotineiros, sem a luz de um vivo e alevantado ideal.

E sem a prática para alcançá-lo.

Volto à imagem do ferreiro.

Aquêle jovem, que naquela cidade de Valença, monótona no seu comércio, de vida simples e sem expressão industrial, que era um escrevente de cartório, fêz espírito de forte, e teve de malhar rijo na sua mente para dar maleabilidade à barra do seu destino.

Eis que deixa as plagas do seu torrão natal, e a sombra da sua família.

E assim, já aqui na Capital, dado de corpo e alma ao estudo, no glorioso Colégio de propriedade do venerando mestre Dr. Carneiro Ribeiro, expressão lídima de glória e orgulho da Bahia, conseguira ter casa, professôres de graça porque ensinava alí à primeira classe de latim.

Concluídos os preparatórios, surge em Recife, em 1885, matriculando-se no curso de direito.

Mas aquêle homem talhara a vida e fortalecera cada vez mais o seu caráter pelo estudo e pelo trabalho. Como estudante, em 1885, exercera as funções de Auxiliar de escrita na Repartição — na Estrada de Ferro de Caruaru, e já em 1887 estava no escritório de Palmares, secretário do engenheiro residente Dr. Buarque de Macêdo.

O êxito dos estudos o levou à formatura no dia 23 de novembro de 1887.

E eis agora Amâncio José de Souza, coração cheio de esperança, e de amor, os olhos voltados para o futuro pondo o pé direito para dar as passadas na conquista de positivas realizações.

E eis os marcos vencidos da sua trajetória, que trazem o brilho da sua inteligência e do seu afeto, porque tenho a nítida impressão que êle dedicou o mesmo afeto às suas funções de magistrado e de professor, como dedicou à sua família, porque, para tornar-se brilhante, não basta só a inteligência: faz-se mister o contínuo esfôrço para o aprimoramento das qualidades morais e intelectuais.

Escolheu para espôsa a filha legítima de Antônio Fortunato de Oliveira Porto, Leonor Galvão de Queiroz Porto.

O enlace matrimonial se deu em 11 de fevereiro de 1888

Tinha então 26 anos de idade.

E já em maio, no dia 28, assumia as funções de Promotor Público na Comarca de Porto Seguro. E em janeiro do ano seguinte era Juiz Municipal de Santarém.

Passaram-se dez anos e meses, quando foi nomeado Juiz de Direito de Camamu porque se deu então a reforma da magistratura, imposta pela organização do Estado, em virtude da Constituição de 2 de julho de 1891.

E na sua vida de magistrado houve: — remoção para a Comarca de Juazeiro; — remoção para a Comarca de Nazaré.

Já em setembro de 1897, êle se inscrevia no concurso de Conselheiro para o Tribunal de Apelação e Revista do Estado, nas vagas deixadas em conseqüência das aposentadorias dos Conselheiros Benigno Dantas de Brito e Otaviano Xavier Cotrin.

Nêsse brilhante concurso tomaram parte os bacharéis Felinto Bastos, José Botelho Benjamin, Arlindo Batista Leone, Pedro Ribeiro de Araujo Bittencourt e Eustáquio Primo de Seixas

A argüição da tese se deu na primeira quinzena de dezembro, e foi realizada na seguinte ordem:

1.º Felinto Bastos, José Botelho Benjamin;
2.º José Botelho Benjamin e Amâncio José de Souza;
3.º Amâncio José de Souza e Arlindo Batista Leone;
4.º Arlindo Batista Leone e Pedro Ribeiro.

Eustáquio Primo de Seixas foi argüido independente de sorteio em primeiro lugar pelo Bel Pedro Ribeiro.

Êsse concurso foi presidido pelo Conselheiro Antônio José de Castro Lima, então vice-presidente, em face do impedimento do efetivo Firmino Lopes de Castro.

Pela ata do concurso estiveram presentes os Conselheiros Joaquim Antônio de Souza Spínola, José Macêdo Aguiar, João Batista Guimarães Cerne, Bráulio avier da Silva Pereira, João Nepomuceno Torres, Cândido Cesar da Silva Leão, Vitor Izac de Araujo, Procurador Geral da Justiça.

Estêve presente também o Dr. Luiz Viana, então Governador do Estado e o Secretário Salústio Pereira de Carvalho.

A tese apresentada pelo Juiz Amâncio José de Souza versava o tema:

— Instituição do júri, sua decadência e necessidade de reforma.

— Modificação feita no Estado da Bahia pelas leis 15 e 94. Questão conexa.

Consegui a tese, não dentro de espaço grande para estudá-la, mas em minguado tempo, quando já vinha escrevendo esta ligeira conferência

Contudo, não fugi do esfôrço de ler muitas páginas, e se a minha atenção não pôde percorrer as suas 121, em todo o caso, o essencial que se destaca, é a precisão de onde êle parte: matéria abstrata de doutrina, até ao caso concreto da realização do júri, e seu funcionamento, então.

Assim, evidencia Amâncio José de Souza:

> — "O júri, que tem antagonistas e apologistas entre as maiores mentalidades do mundo, sofreu, no Estado da Bahia, com o advento da República, modificações importantes, senão perfeitas inovações, quer na divisão em dois ramos — grande e pequeno júri, ou júri correcional, quer na forma de julgamento".

Para a dilucidação da "transformação que se opera na ciência do direito", adota de logo como epígrafe uma passagem de Filippo Manduca, tirada do importante livro — La Procedura Penale:

> "Qualunque instituto político o sociale o giuridico non puó avere la potenza de resistere alla legge dell'evoluzione dell' umanitá".

Na realidade, dentro da evolução do direito, e na especialização do direito criminal, surge o empenho de duas escolas que se tornam antagônicas sôbre o delicado problema da instituição do júri: a clássica ou tradicional, e a antropológica. Esta estadeia a necessidade da abolição do júri, classificando-o como instituto jurídico anacrônico. Aquela, é zelosa do seu predomínio.

Mas em conseqüência da exposição de idéias, de conceitos, de doutrinas e da prática dêsse instituto, diz Amâncio de Souza:

> — "A instituição, não há discutí-lo, está em plena decadência. Nos seus efeitos atuais está em completo antagonismo com as duas escolas que disputam a primazia de princípios no sistema penal. À escola clássica que considera a pena um meio de impedir, pela ameaça, o incremento dos crimes; e à antropológica que tem, como principal característico, eliminar da sociedade, temporária ou definitivamente os elementos nocivos, não pode agradar nem satisfazer uma instituição, que não oferece segurança nos julgamentos; que absolve e condena sistemática e arbitràriamente, conforme a direção dos ventos que sopram, e sem ater-se a princípios e regras de ordem alguma".

A tese se desdobra então num ponto de equilíbrio, indo, pois, da doutrina, a pontos abstratos, do tema sob escolas que lhe norteiam a sua ênfase da decadência do júri, até a prática de funções específicas, apresentando, assim, normas ou razões para melhor realização do instituto.

Nomeado Juiz do Tribunal de Apelação e Revista do Estado, sendo Governador o Dr. Luiz Viana, no mês de dezembro de 1897 assumiu as funções do mais alto grau da magistratura.

Na atuação de superior magistrado, deu à toga a fôrça da cultura jurídica, a nobreza do caráter, a pureza de homem pobre. Mas o ponto culminante da vida de magistrado, onde êle mostrou as suas qualidades de privilegiado, está na vivência das palavras do prof. Rogério de Faria, na conferência: *"Um apóstolo do Direito"*.

E diz o Dr. Rogério de Faria:

> — "Há em sua vida judicante um episódio que dá idéia do vulto grandioso do Juiz Amâncio de Souza. É aquêle da campanha retumbante da administração do Estado, a sustentar o seu poderoso chefe de Polícia, cujo processo o Tribunal decretou pelo voto eminente do honrado Juiz. Aquela autoridade menoscabara da alta Côrte de Justiça. A Justiça não suportava salpicos de lama na toga de seus Juízes. E o Tribunal reagiu com Amâncio de Souza à frente, intemerato, sereno, sem ódios, vigilante no seu pôsto de honra, até a vitória de sua supremacia. A sentença da lavra do eminente julgador constitui o mais notável trabalho até hoje publicado, sob o título:
>
> "Responsabilidade funcional dos Secretários do Estado".
>
> E subtítulo:
>
> "Acusação Política (impeachment) dos funcionários civis perante a Constituição da Bahia" 1906.
>
> A responsabilidade funcional dos secretários do Estado, foi proclamada, contra a tese inversa que sustentava a autoridade culpada, jurista de valor, e, aquela autoridade, pronunciada como incursa nas penas do art. 181 § e 226 do Código Penal.
>
> A bibliografia jurídica enriquecia com o trabalho intelectual do juiz e a honra da magistratura bahiana toucava-se de glórias, pela inteireza moral do seu paladino.
>
> Quem quer que viveu a magnitude do momento, em que o Tribunal de Justiça não temeu as iras do Govêrno do Estado e processou seu poderoso chefe de Polícia, como se fôra qualquer paciente, certo se orgulhará de ser bahiano.
>
> Mas não era só o saber jurídico que esmaltava de brilho a monografia citada. A feição de estilo evocava a velha polêmica com Martins Junior, na Faculdade de Recife, ao lado de Pardal Mallet, na Revista Acadêmica.
>
> O momento jurídico viveu na maior vibração. Os meios culturais do País agitaram-se em tôrno à tese de direito.
>
> Com Amâncio de Souza a fina flor dos jurisconsultos brasileiros: Clovis Bevilaqua, Gumercindo Bessa, Alcino Meira, Amaro Cavalcante, Herculano Inglês de Souza, Visconde de Ouro Preto, Bento de Faria, e Pedro Lessa.

Amâncio José de Souza não foi sòmente o Promotor Público, e o Juiz que atingiu o ponto culminante da magistratura.

Foi também o Juiz do Tribunal Administrativo e de Conflitos do Estado. Eleito em maio de 1900, passou a ser eleito novamente em 1904 e 1908.

Da sua atuação culta e segura, tanto se honrou o antigo Tribunal Administrativo que, hoje, quando se vence o centenário do nascimento, o Egrégio Tribunal de Contas contempla de frente o seu vulto histórico para prestar-lhe também homenagem.

O Amâncio José de Souza foi também o professor. E se quando estudante de preparatorios já tinha envergadura para ensinar latim, e fôra destacado pelo venerando mestre Carneiro Ribeiro, proprietário e dirigente de um glorioso Ginásio, bem ampliou essa feição.

Nomeado, em 1907, pela congregação da Faculdade da Bahia, lente substituto da 8.ª secção, já a 2 de março de 1913 se firmava Lente Catedrático de Prática do Processo Criminal.

Êle sabia ser claro na exposição de suas aulas. Sabia dar-lhes vida. Assim, muitas vezes, os alunos lhe deram palmas.

Foi também professor da Escola Comercial. Aí lhe cabia dar noções de Direito Civil, Constitucional, Internacional.

Eis aí a vida pública de um apóstolo do direito!

Na vida privada, aquêle que se casara na flor da mocidade, soube manter, na harmonia do seu lar, o sentimento da alma cristã, no exemplo de honradez, e no amor ao trabalho.

E eis a descendência:

— Dr. Gonçalo Porto de Souza, ilustre advogado no fôro desta Capital;

— Antônio Fortunato Porto de Souza, conceituado tabelião;

— Eleonora Souza Sena, digna espôsa do Farmacêutico Joaquim Soares de Sena;

— Cândida Elvira Souza Faria, viúva do falecido advogado Augusto Silvestre Faria.

E a descendência já se desdobra na fôrça de treze netos, e se destaca, dentre êles, pela sua atividade nesta casa de justiça, já o ilustre Souza Neto continuador da glória da família, na expressão da cultura do direito.

Hoje, da parede da sala das sessões de julgamento do Tribunal, pende o retrato de Amâncio José de Souza, falecido no ano de 1919.

É o retrato que traz a aparência dêle vivo. Mas aquela figura, por sua vez, na imutabilidade dos lábios, e na imobilidade de posição, faz lembrar que, se os lábios, não falam, nem há qualquer movimento para o gesto mais sutil, contudo, ali há mais do que uma vida terrena e, por isto mesmo, passageira, no estado de consciência de um momento dentro da eternidade. Estremece uma filosofia, vibra uma ciência, palpita uma religião: o ser que veio ao mundo, e que hoje se lhe presta a homenagem da data do seu nascimento, é aquela alma que foi para a Eternidade no ano de 1919, mas, na sua sagrada memória, vive um pouco também dentro da nossa alma, na unidade completa da vida.

CONCURSO PARA JUIZ DE DIREITO

Realizou-se, em começos de dezembro último, o concurso para provimento dos cargos iniciais da magistratura. A comissão examinadora foi constituída dos Desembargadores EDGARD SIMÕES, Presidente, SANTOS CRUZ e DÉCIO SEABRA e dos advogados RAUL CHAVES e SILVIO SANTOS FARIA, sendo os trabalhos secretariados pela funcionária MARIA BASTOS MONTENEGRO.

Inscreveram-se 20 candidatos, tendo comparecido às provas apenas 15, sendo classificados 14. na seguinte ordem:

1.º — Galileu Lima ..... média 8,60
2.º — Antônio Lantyer Nonato Marques ..... média 8,20
3.º — Henrique de Araújo Andrade ..... média 7,80
4.º — Osmar de Souza Oliveira e Joel Neto Ferreira ..... média 7,46
5.º — Heitor de Araújo Souza e Orlando Pereira dos Santos média 7,06
6.º — João Ramos de Oliveira .. média 7,00
7.º — Francisco Dantas Motta .. média 6,86
8.º — Epaminondas Silva de Andrade Lima ..... média 6,66
9.º — Expedito Teixeira de Carvalho e Carmem dos Santos Ribeiro ..... média 6,33
10.º — José Silveira Santos ..... média 6,06
11.º — Mary de Aguiar Silva .... média 6,02

NOMEAÇÕES DE PRETORES

Foram nomeados em 1961 os seguintes Pretores:

Bel. Ney Costa da Cunha Lima — Itiuba
" Edmundo Benevides Azevêdo — Barra do Rio Pardo
" João Leal — Iaçú
" Flordoaldo José Batista Filho — Ibotirama
" Hélio França Rodrigues — Côcos
Bel.ª Elsia Santiago Credico — Olindina
Bel. Hayel de Meireles Correia — Barra da Estiva
" Agnaldo Luiz de Queiroz Galvão — Medeiros Neto
" José Geminiano Conceição — Paulo Afonso
" Antônio Lantyer Nonato Marques — Cansanção
" Orlando Pereira dos Santos — Itagibá
" Antônio Fernando Seara da Cunha — Itanhém
" Edmilson Jatahy Fonsêca — Utinga
" Valdério Daltro Tavares — Antas
" Gerson Pereira dos Santos — Encruzilhada
" Wanderlin Barbosa — Alcobaça

PERMUTAS

O Governador do Estado da Bahia, de acôrdo com o Decreto de 26 de dezembro de 1961, concedeu permuta aos Béis. Antônio Carlos Souto e Osvaldo Nunes Sento Sé respectivamente, Juízes de Direito da 2.ª Vara Cível e da Vara Crime da Comarca de Ilhéus.

LEGISLAÇÃO

LEI N. 1.595 DE 27 DE DEZEMBRO DE 1961.

Autoriza o Poder Executivo a fazer editar revista jurídica na Imprensa Oficial.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA. Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Artigo 1.º — O Govêrno do Estado fará editar trimestralmente, na Imprensa Oficial, uma revista jurídica de doutrina, jurisprudência e legislação, que será denominada "Revista Jurídica do Tribunal de Justiça da Bahia".

Artigo 2.º — A Revista a que se refere o artigo anterior será dirigida por uma Comissão de Redação, composta do Presidente do Tribunal de Justiça e de dois Desembargadores, sob a presidência do primeiro.

Artigo 3.º — A Revista será instalada no Edifício do Forum Ruy Barbosa e terá pessoal auxiliar composto de funcionários da Secretaría do Tribunal, designados pelo Presidente.

Parágrafo Único — Os funcionários do Tribunal de Justiça, a que se referem os artigos acima mencionados, não perceberão, por isso, outras vantagens.

Artigo 4.º — A Revista publicará as ementas de todos os acórdãos que não forem transcritos na íntegra, vedadas quaisquer publicações estranhas às decisões da Justiça.

Artigo 5.º — O material de publicação deverá ser remetido à Imprensa Oficial até 15 dias daquele em que deverá sair a revista.

Artigo 6.º — De cada número da Revista serão publicados 1.500 (mil e quinhentos) exemplares dos quais 600 (seiscentos) serão distribuidos gratuitamente aos Magistrados, Conselheiros do Tribunal de Contas, membros do Ministério Público, dos Tribunais de Justiça dos demais Estados, da Ordem dos Advogados S. B. e do Instituto dos Advogados, a critério do Presidente do Tribunal.

Parágrafo Único — Os demais exemplares serão destinados à venda pela Imprensa Oficial.

O Tribunal de Justiça consignará, anualmente, na sua proposta orçamentária a verba destinada à publicação da Revista, a fim de constar da Lei Orçamentária do Estado.

Artigo 8.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Palácio do Govêrno do Estado da Bahia, em 27 de dezembro de 1961.

Ass.) — JURACY MAGALHÃES
Manso Cabral — Josaphat Marinho.

LEI N. 1.567 DE 1.º DE DEZEMBRO DE 1961.

Cria o Serviço Estadual de Assistência a Menores e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Do Serviço Estadual de Assistência a Menores

Artigo 1.º — Fica criado, na Secretaria do Interior e Justiça, o Serviço Estadual de Assistência a Menores (SEAM), com a finalidade de orientar, organizar e executar, no Estado, todo o trabalho de assistência a menores em perigo e em êrro social, nos seus aspectos médico, psicológico e pedagógico.

Artigo 2.º — O SEAM compreende:

I — Conselho Estadual de Menores;
II — Administração Central;
III — Estabelecimentos Assistenciais;
IV — Conselhos Municipais de Menores.

Artigo 3.º — O SEAM terá autonomia administrativa e financeira, sendo o CEM entidade normativa, consultiva e fiscalizadora, e a ACAM, órgão executivo

CAPÍTULO II

Do Conselho Estadual de Menores

SECÇÃO 1a.

Artigo 4.º — Compõe-se o CEM de um Presidente, de um Secretário Executivo, que

serão respectivamente. o Secretário do Interior e Justiça e o Diretor da ACAM, e mais dos seguintes membros honorários:

I — Secretário de Educação e Cultura ou seu representante;
II — Secretário de Saúde e Assistência Social ou seu representante;
III — Juiz de Menores da Capital;
IV — Curador de Menores;
V — Presidente da Comissão Estadual da Legião Brasileira de Assistência;
VI — Um representante da imprensa, escolhido pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais da Bahia e pela Associação Bahiana de Imprensa;
VII — Representante dos Diretores de estabelecimentos particulares de assistência a menores, devidamente registrados na ACAM;
VIII — Diretor da Escola de Serviço Social.

§ 1.º — São considerados membros natos os referidos neste artigo em seus ítens I a VI e VIII, enquanto o mencionado no item VII indicado pela maioria de seus colegas, será nomeado pelo Governador do Estado, por quatro anos, podendo ser reconduzido.

§ 2.º — As decisões do CEM serão tomadas por maioria, presentes, no mínimo, a metade mais um de seus membros, votando o Presidente quando houver empate. De qualquer decisão do CEM cabe recurso, com efeito suspensivo, do Presidente para o Governador do Estado, dentro do prazo de 48 horas.

§ 3.º — O exercício das funções de Conselheiro constitui serviço público relevante, sendo o seu tempo de serviço no Conselho contado ,para efeito de aposentadoria.

Artigo 5.º — Cabe ao CEM:

I — Estabelecer as normas gerais para organização, funcionamento e fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares, destinados a assistência aos menores.
II — Disciplinar e fiscalizar a administração do Fundo de Assistência aos Menores. (FAM).
III — Examinar e aprovar as contas da ACAM, decorrentes da administração do FAM.
IV — Promover e incentivar campanhas populares, através de instituições de caridade e filantrópicas, a fim de angariar donativos para o FAM.
V — Aprovar, por proposta da ACAM, a concessão de auxílios, subvenções ou estabelecimentos de convênios com instituições privadas de assistência a menores e estimular a criação de novas entidades de idênticos propósitos.
VI — Promover e aprovar medidas de propaganda e outras tendentes à educação popular no que diz respeito à higiene, orientação e educacão dos menores, colaborando com a ACAM na publicação das pesquisas e investigações realizadas.

Artigo 6.º — O CEM reunir-se-á, ordinàriamente, pelo menos duas vêzes, por mês, recebendo os seus membros, à exceção do Presidente, o "jeton" de dois mil cruzeiros Cr$ 2.000,00), por sessão a que tiverem comparecido.

SECÇÃO 2.ª

Dos Conselhos Municipais de Menores

Artigo 7.º — À medida em que se fizerem necessários, promoverá o CEM a criação, nos Municípios do Estado, de Conselhos Municipais de Menores, entidades orientadoras, no âmbito das Comunas onde funcionarem.

Parágrafo Único — Nos Conselhos Municipais, existirão Comissões de Cooperação, constituídas de pessoas de responsabilidade, de ambos os sexos, interessadas nos problemas dos menores.

CAPÍTULO III

Da Administração Central de Assistência a Menores

SECÇÃO 1.ª

Artigo 8.º — À ACAM, segundo as normas traçadas pelo CEM e articulada com a Justiça de Menores da Capital e do Interior, compete:

I — Organizar, tècnicamente, sistematizando e dirigindo, todo o trabalho de assistência aos menores, em seus aspectos social, médico, psicológico e pedagógico.
II — Superintender o funcionamento administrativo dos estabelecimentos oficiais de amparo e reeducação aos menores.
III — Processar e coordenar os pedidos ou propostas de auxílios, subvenções ou estabelecimentos de convênios com associações privadas de assistência a menores, solicitando, afinal, a aprovação do CEM.
IV — Orientar e fiscalizar os estabelecimentos e instituições particulares, nos quais se encontrem menores sujeitos à vigilância da autoridade pública, promovendo o seu registro.
V — Administrar o FAM, contribuindo, em colaboração, com o CEM, para que sejam atingidas as suas finalidades.
VI — Recolher nas Casas de Ingresso, dentro de sua capacidade e temporàriamente, os menores de ambos os sexos sujeitos à investigação e observação, de modo que torne possível classificá-los e distribuí-los, adequadamente, pelos estabelecimentos de proteção.
VII — Distribuir os menores, depois do estágio necessário nas Casas de Ingresso e, sempre que necessário, redistribuí-los, pelos estabelecimento oficiais e particulares, segundo a sua situação social e somato-psíquica, para lhes serem ministrados ensino, educação, tratamento médico e psicológico, até o seu desligamento.
VIII — Amparar, através da Secção especializada, de informações, colocação e fiscalização, os menores egressos dos estabelecimentos já referidos, orientando-os em seu reajustamento.
IX — Amparar, igualmente, através da mesma Secção, a família de origem ou substituta do menor, cujo internamento em um dos mencionados estabelecimentos seja desaconselhado ou desnecessário.

X — Propor à autoridade competente o desligamento antecipado do menor, bem como medidas referentes à liberdade vigiada.

XI — Incentivar a iniciativa particular de assistência a menores, orientando-a para que se desenvolvam os educandários existentes e os que venham a ser criados.

XII — Acompanhar as investigações científicas referentes às finalidades do serviço

Artigo 9.º — A ACAM é constituída de:

I — Órgão Central.

II — Órgãos Executores.

Artigo 10 — A Administração Central, que funcionará no edifício da Casa de Ingresso da capital, compreende:

I — Secção de Reintegração Social;
II — Secção de Saúde;
III — Secão de Psicologia e Orientação;
IV — Secção de Educação;
V — Secção de Administração;
VI — Secção de Estatística.

Parágrafo único — O Gabinete do Diretor da ACAM será organizado mediante decreto do Poder Executivo.

Artigo 11 — São Órgãos Executores:

I — Postos de Orientação de Menores (POM);

II — Hospital de Menores (HM);

III — Estabelecimentos oficiais e particulares de assistência a menores.

IV — Pensionatos de Menores (PM)

Artigo 12 — O desenvolvimento e a competência dos órgãos Central e Executores e as atribuições do seu pessoal serão definidas no Regulamento desta lei.

Artigo 13 — Os órgãos que integram a ACAM funcionarão articulados, em regime de mútua colaboração, sob a orientação do Diretor Geral.

Artigo 14 — O Diretor Geral da ACAM, classificado no símbolo CC—7, será nomeado pelo Governador do Estado e demissível **ad nutum**.

SECÇÃO 2.ª

Dos Postos de Orientação de Menores

Artigo 15 — Por proposta da ACAM, criará o CEM, à medida em que se fizerem necessários, Postos de Orientação de Menores (POM) nos diversos bairros da capital.

SECÇÃO 3.ª

Do Hospital de Menores

Artigo 16 — Tão logo as possibilidades financeiras do Estado o permitam, o Govêrno construirá junto à sede do SEAM o Hospital de Menores (HM), destinado ao recolhimento e tratamento dos menores sob a égide da ACAM.

SECÇÃO 4.ª

Dos Estabelecimentos Oficiais e Particulares de Assistência a Menores

Artigo 17 — Haverá no Estado, além de outros, que poderão ser instalados, onde e como convier, sob a direção da ACAM, os seguintes estabelecimentos oficiais de assistência a menores;

I — Casa de Ingresso, para menores do sexo masculino;

II — Casa de Ingresso, para menores do sexo feminino;

III — Vila de Menores, em Paripe, que funcionará como estabelecimento-modêlo.

IV — Escola agro-industrial de menores de Maragogipe, estabelecimento de ensino primário e de grau médio.

Parágrafo único — Serão considerados estabelecimentos extra-oficiais, porém sujeitos às normas de orientação e fiscalização da ACAM, os estabelecimentos particulares nela registrados já previstos nesta lei.

SECÇÃO 5.ª

Dos Pensionatos de Menores

Artigo 18 — Nos Municípios onde houver fábricas, escolas profissionais, fazendas-modelos, ou instituições congêneres, poderão ser instalados Pensionatos de Menores (PM) destinados a menores em idade e condições legais de frequentá-los, selecionados dentre os assistidos pelos estabelecimentos oficiais do SEAM.

Parágrafo único — A ACAM entrará em ajuste com os Podêres Municipais no sentido de obter a sua colaboração para a instalação dos Pensionatos.

CAPÍTULO IV

Da Colaboração Familiar

Artigo 19 — Junto ao Juízo de Menores, fica criado o Serviço de Colocação Familiar, que tem por fim proporcionar a menores necessitados ambiente favorável ao seu pleno desenvolvimento.

Artigo 20 — Serão colocados em casas de famílias a título gratuito ou remunerado, menores de 0 a 14 anos que, por fôrça de fatôres individuais ou ambientais, não tenham lar ou nêle não possam permanecer.

Artigo 21 — Só poderá receber menores em Colocação Familiar a pessôa que, submetida aos diversos exames de seleção constantes do Regulamento desta lei, fôr considerada apta pelo Juiz de Menores.

Artigo 22 — A quem receber menor sob Colocação Familiar compete, obrigatòriamente:

a) — prover-lhe educação, alimentação alojamento, vestuário, tratamento médico e dentário, recreação e mais o que lhe fôr necessário ao desenvolvimento em condições idênticas às dos próprios filhos;

b) — executar e cumprir fielmente as normas técnicas a serem estabelecidas na regulamentação da presente lei.

Artigo 23 — Compete ao Juiz de Menores organizar com funcionários do Juízo, sempre que possível, o Serviço de Colocação Familiar.

Artigo 24 — O Juiz determinará "ex-officio", a requerimento dos interessados ou do Ministério Público, as medidas que forem necessárias para a efetivação da Colocação Familiar.

Artigo 25 — Em se tratando de colocação familiar remunerada, o Juiz, atendendo às condições da família de origem ou da substituta ao custo de vida da região e às condições especiais de cada caso, fixará o auxílio a ser pago às pessoas que receberem menores, em quantia nunca superior a um têrço do salário mínimo vigente na região.

Artigo 26 — O Juiz não fica adstrito às conclusões do relatório apresentado pelo Serviço de Colocação Familiar, nem ao **quantum** proposto para o auxílio, podendo determinar as verificações que julgar necessárias.

Artigo 27 — Os interessados e o Curador de Menores poderão requerer a Colocação Familiar e a concessão de auxílios.

Artigo 28 — O Curador de Menores será sempre ouvido nos pedidos de Colocação Familiar.

Artigo 29 — A Colocação Familiar, nos têrmos desta lei, poderá ser concedida no curso de processo de abandono.

Artigo 30 — As normas do processo de Colocação Familiar são as estabelecidas no Regulamento desta lei.

Artigo 31 — O Conselho Estadual de Menores (CEM) fixará, anualmente, a quantia destinada à Colocação Familiar, pondo-a à disposição do Juizado de Menores.

CAPÍTULO V

Do Fundo de Assistência a Menores

Artigo 32 — Fica criado, no SEAM, o Fundo de Assistência a Menores (FAM), destinado a formar o seu patrimônio econômico-financeiro.

Artigo 33 — O FAM constituir-se-á:

I — De auxílios e subvenções que forem destinados e previstos no Orçamento Geral da União.

II — De dotações próprias, fixadas, anualmente, no Orçamento do Estado;

III — De subvenções recebidas de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas de direito privado, bem como da renda prevista no item IV, do art. 5.º, da presente lei;

IV — De rendimentos financeiros do próprio Fundo, inclusive juros de depósitos;

V — De 1,5% (hum e meio por cento) da renda tributária de impostos do Estado da Bahia, durante os três (3) próximos exercícios financeiros, a começar no exercício de 1962, com o máximo de cento e trinta milhões de cruzeiros (Cr$130.000.000,00) em cada exercício.

Artigo 34 — A administração do FAM compete à ACAM, sabendo a sua disciplinação e fiscalização ao CEM.

Artigo 35 — Tôda e qualquer receita do FAM será depositada no Banco do Fomento do Estado da Bahia, em conta especial, à disposição do SEAM.

Artigo 36 — Prestar-se-ão contas da aplicação anual do FAM, pelo mesmo sistema adotado para as contas gerais do Estado e perante os órgãos próprios de fiscalização financeira.

Artigo 37 — Os bens adquiridos pelo SEAM, com recursos do FAM, serão incorporados ao seu patrimônio.

CAPÍTULO VI

Disposições Gerais e Transitórias

Artigo 38 — Os bens móveis e imóveis pertencentes ao Instituto de Preservação e Reforma e à Escola Agro-Industrial de Menores de Maragogipe, passarão a integrar o patrimônio do SEAM, bem como as dotações destinadas aos menores amparados por esta lei, prevista no Orçamento do Estado para o corrente ano.

Artigo 39 — As repartições e estabelecimentos do Serviço Estadual de Assistência à Menores serão atendidas por servidores arregimentados no Quadro Único dos Funcionários Públicos do Estado, vedadas quaisquer novas admissões.

§ 1.º — É facultado ao SEAM requisitar servidores estaduais, de autarquias, entidades paraestatais e sociedades de economia mista, para atender a serviços técnicos especializados.

§ 2.º — Cabe ao Secretário do Interior e Justiça lotar os servidores do Serviço Estadual de Assistência a Menores, observada a prioridade de aproveitamento do pessoal transferido na Navegação Bahiana

§ 3.º — Os funcionários que atualmente servem no Instituto de Preservação e Reforma serão lotados, sempre que necessário, em outras repartições estaduais.

Artigo 40 — O Poder Eecutivo regulamentará esta lei no prazo máximo de 60 dias, expedindo, nessa oportunidade, o RGN.

Artigo 41 — O sistema fiscal resultante das alterações estabelecidas nesta lei e na parte em que modifica a legislação tributária em vigor, passará a vigorar no exercício financeiro de 1962.

Artigo 42 — O Orçamento para o exercício de 1962 consignará, na Secretaria do Interior e Justiça, verba nunca inferior a cento e trinta milhões de cruzeiros (Cr$..... 130.000.000,00) para o SEAM.

Artigo 43 — A presente lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Palácio do Govêrno do Estado da Bahia, em 1.º de dezembro de 1961.

(Ass.) JURACY MAGALHÃES — Manso Cabral — João da Costa Pinto — Dantas Júnior.

DECRETO N. 18.222-A DE 18 DE DEZEMBRO DE 1961

Regula o n. V do art. 33 da Lei n. 1.567, de 1.º de dezembro de 1961.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, usando da atribuição que lhe confere o art. 36, inciso I, da Constituição do Estado

DECRETA:

Art. 1.º) — Durante três (3) anos consecutivos, a partir de 1.º de janeiro de 1962, 1,5% (hum e meio por cento) da renda tributária de impostos do Estado da Bahia serão obrigatòriamente empregados nas atividades do "Serviço Estadual de Assistência a Menores" (SEAM), através do "Fundo de Assistência a Menores" (FAM), criado pela Lei 1.567, de 1.º de dezembro de 1961

Art. 2.º) — Para assegurar o perfeito e regular funcionamento dos serviços criados pela lei citada no artigo anterior, as repartições arrecadadoras do Estado destacarão 1,5% (hum e meio por cento) da receita tributária e os recolherão ao "Banco de Fomento do Estado da Bahia S/A", escriturando no "Caixa Geral", indicação do número, data e valor do documento respectivo.

Art. 3.º) — Na Capital do Estado, o recolhimento dos 1,5% (hum e meio por cento), será feito diàriamente, à matriz ou agência do citado estabelecimento bancário, indicado nas instruções da Secretaria da Fazenda.

Art. 4.º) — No interior do Estado onde não houver agência do Banco de Fomento do Estado da Bahia S/A, o recolhimento dos 1,5% (hum e meio por cento) será feito em qualquer estabelecimento bancário dos mencionados na Portaria n. 1.535, de 28 de julho de 1958, e nos prazos nela fixados para crédito da conta referida no art. 8.º dêste Decreto.

Art. 5.º) — Quando o recolhimento tiver de ser feito à "Tesouraria Geral do Estado", a parcela destinada ao "Serviço Estadual de Assistência a Menores" (SEAM) será prèviamente destacada e recolhida à matriz ou agência do BANFEB.

Art. 6.º) — Se, por determinação da Secretaria da Fazenda, a repartição arrecadadora tiver de recolher o saldo mensal da sua arrecadação a outra repartição, deverá fazê-lo, destacando expressamente, no respectivo comprovante, a parcela, do SEAM.

§ único — Na hipótese prevista neste artigo, a repartição em que fôr efetuado o recolhimento cumprirá, no que couber, as demais disposições do presente Decreto.

Art. 7.º) — Qualquer omissão nos recolhimentos será imediatamente comunicada pelo Diretor-Geral da "Administração Central de Assistência a Menores" (ACAM) ao Secretário da Fazenda, que adotará as providências cabíveis, inclusive apuração da irregularidade para efeito de punir os culpados na forma legal.

Art. 8.º) — Tôdas as parcelas depositadas, diretamente ou mediante transferência, na forma dêste decreto, no "Banco de Fomento do Estado da Bahia S/A", serão creditadas em conta especial sob o título "SERVIÇO ESTADUAL DE ASSISTÊNCIA A MENORES" (SEAM) — "FUNDO DE ASSISTÊNCIA A MENORES" (FAM) — criado pela Lei n. 1.567 de 1.º de dezembro de 1961.

Art. 9.º — Este Decreto entrará em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1962 revogadas as disposições em contrário.

Palácio do Govêrno do Estado da Bahia, em 18 de dezembro de 1961.

(aa) — JURACY MAGALHÃES — *Manso Cabral.*

LEI N. 1554 — DE 17 DE NOVEMBRO DE 1961

Reorganiza o Tribunal de Contas do Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei.

TÍTULO I

Da organização do Tribunal

CAPÍTULO I

Definição — Sede — Constituição

Artigo 1.º — O Tribunal de Contas do Estado da Bahia é o órgão fiscalizador da administração financeira, especialmente da execução orçamentária, com sede na Capital.

Artigo 2.º — O Tribunal de Contas compõe-se de sete membros que terão o tratamento de Conselheiros.

Artigo 3.º — O Tribunal dividir-se-á em Câmaras, sob a denominação de Primeira e Segunda Câmara.

Artigo 4.º — A distribuição dos Membros do Tribunal pelas Câmaras far-se-a mediante sorteio anual, constituindo-se cada uma delas de três Conselheiros, inclusive o Presidente que terá função judicante.

Artigo 5.º — Presidirá à Primeira Câmara o Vice-Presidente do Tribunal e à Segunda Câmara o Conselheiro mais antigo.

Artigo 6.º — Haverá no Tribunal de Contas, como partes integrantes de sua organização, os seguintes serviços auxiliares:

I — o Corpo Auxiliar;
II — a Diretoria de Administração;
III — a Secretaria.

Parágrafo único — Funcionará junto ao Tribunal de Contas o Ministério Público, como órgão autônomo, representado pelo 2.º Sub Procurador Geral da Justiça e dois (2) Auxiliares.

S E C Ç A O 1

Dos Conselheiros

Artigo 7.º — Os Conselheiros do Tribunal de Contas serão nomeados pelo Governador do Estado, mediante aprovação prévia do Poder Legislativo, dentre cidadãos maiores de 30 anos, de reconhecida idoneidade moral e que tenham notório saber jurídico ou comprovada experiência dos negócios públicos, com domicílio há mais de três anos no Estado.

Art. 8.º — Não poderão ser, conjuntamente, Membros do Tribunal: parentes consanguíneos ou afins na linha reta e, na linha colateral, até o terceiro grau.

Parágrafo único — A incompatibilidade resolve-se:

a) — antes da posse, contra o último nomeado ou contra o mais moço, se a nomeação foi da mesma data;

b) —

c) —

Artigo 9.º — Ao tomar posse, o Conselheiro prestará em sessão, e perante o Presidente, o compromisso de bem cumprir os deveres e atribuições do seu cargo, segundo a fórmula adotada no Regimento Interno.

Artigo 10 — Terão os Conselheiros os seguintes direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos:

I — vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judicial;

II — Inamovibilidade;

III — aposentadoria, que será regulada pelo Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado;

IV — vencimentos irredutíveis e iguais aos dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado;

V — férias anuais e obrigatórias de 60 dias;

VI — licenças nos casos previstos no Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado;

VII — gratificação adicional por tempo de serviço, na forma da lei.

Artigo 11 — E' vedado ao Conselheiro do Tribunal de Contas:

I — exercer, ainda quando em disponibilidade qualquer outra função pública, salvo o magistério secundário ou superior e as funções de Ministro ou Secretário de Estado.

II — exercer qualquer profissão liberal, emprêgo particular, ser comerciante, sócio, gerente ou diretor de sociedade comercial, salvo acionista de sociedade anônima ou em comandita por ações;

III — celebrar contrato com pessoa jurídica de direito público, entidade autárquica, sociedade de economia mista ou emprêsa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes;

IV — exercer comissão remunerada;

V — participar do julgamento de assunto do seu interêsse pessoal ou do de parente até o 3.º grau.

Artigo 12 — O afastamento de Conselheiro, a fim de exercer funções públicas não compreendidos na proibição do item I do artigo anterior, será precedido de licença do Tribunal.

Artigo 13 — O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal serão eleitos por seus pares, em escrutínio secreto, na última sessão ordinária do mês de dezembro para servirem por um biênio, e tomarão posse imediatamente após a proclamação do resultado.

§ 1.º — A eleição realizar-se-á com a presença, pelo menos de cinco Conselheiros efetivos, inclusive o que presidir ao ato.

§ 2.º — Se, no dia designado para a eleição, os Conselheiros não comparecerem à sessão em número suficiente, ela ficará adiada para a primeira sessão ordinária seguinte, em que se verificar o *quorum* necessário.

§ 3.º — Sempre que tenham de ser preenchidos os dois lugares, a eleição do Presidente precederá à do Vice-Presidente, na mesma sessão.

§ 4.º — Não se considerará eleito o que não obtiver a maioria dos votos apurados, caso em que ocorrerá nôvo escrutínio, dêste participando, apenas, os que alcançaram os dois primeiros lugares na votação anterior decidindo-se, afinal, pela antiguidade entre êles, se nenhum reunir aquela maioria.

§ 5.º — Ocorrendo vaga em qualquer dos cargos será realizada eleição para complemento do restante do biênio, salvo se se verificar nos três últimos meses do período a findar-se.

§ 6.º — No caso da parte final do parágrafo anterior, assumirá a Presidência o Vice-Presidente, se a vaga fôr daquele; se dêste considerar-se-á Vice-Presidente o Conselheiro mais antigo.

§ 7.º — Sòmente os Conselheiros efetivos, ainda que em gôzo de férias ou licenças, poderão participar das eleições.

Artigo 14 — Em qualquer hipótese e para qualquer efeito, a antiguidade entre os Conselheiros será regulada: 1.º) pela posse no Tribunal; 2.º) pela nomeação; 3.º) pelo tempo de serviço público estadual; 4.º) pelo tempo de serviço público; 5.º) pela idade.

Artigo 15 — Os Conselheiros serão substituídos em suas faltas, ausências ou impedimentos pelos Procuradores da Fazenda, pelos Consultores Jurídicos do Estado ou por funcionários que reunam as condições previstas no art. 7.º mediante convocação do Tribunal quando julgar conveniente aos trabalhos.

Artigo 16 — A substituição do Conselheiro sòmente dará ao substituto direito às vantagens do cargo quando durar mais de trinta (30) dias e por todo o período.

S E C Ç Ã O II

Da ordem dos trabalhos

Artigo 17 — O Tribunal de Contas reunir-se-á, em sessão ordinária, do Tribunal Pleno, duas vêzes por semana, e de suas Câmaras também duas vêzes por semana em dias que o Regimento estabelecer.

§ 1.º — O Tribunal sòmente poderá funcionar com a presença de quatro Conselheiros pelo menos, inclusive o Presidente.

§ 2.º — As Câmaras funcionarão, sempre com a totalidade dos seus Membros.

Artigo 18 — Por deliberação própria ou por solicitação do Governador do Estado, com declaração de urgência, o Tribunal poderá reunir-se extraordinàriamente.

Artigo 19 — As deliberações do Tribunal serão tomadas por maioria de votos presentes.

Artigo 20 — As sessões serão públicas, salvo se o interêsse público ou a defesa e segurança do Estado exigirem o contrário e o Governador o solicitar, ou o Tribunal assim o entender, sob proposta do Presidente, de qualquer Conselheiro, ou a requerimento do 2.º Sub-Procurador.

Artigo 21 — As resoluções do Tribunal serão obrigatòriamente apresentadas à conferência até a segunda sessão após a em que forem prolatadas.

§ 1.º — As resoluções serão assinadas pelo Presidente e demais Conselheiros que tiverem tomado parte na votação e delas constará a declaração de "presente" do representante do Ministério Público.

§ 2.º — O Conselheiro vencido na votação poderá fundamentar seu voto por escrito, sendo-lhe dada vista do processo até a sessão seguinte.

Artigo 22 — Terão prioridade nas deliberações do Tribunal os papéis que trouxerem a nota de urgência, entre os quais estarão sempre compreendidos os contratos, o registro de créditos adicionais e as ordens de adiantamento.

Artigo 23 — Dos trabalhos das sessões do Tribunal Pleno ou das Câmaras, será lavrada ata em que se declararão os nomes dos presentes, as matérias discutidas e votadas, as decisões tomadas e qualquer incidente que ocorra, inclusive declaração de impedimento.

Parágrafo único — As atas, assinadas pelo Presidente da sessão e subscritas pelo Secretário do Tribunal, serão publicadas no Diário Oficial.

TÍTULO II

Competência — Jurisdição — Atribuições

CAPÍTULO I

Da competência

Artigo 24 — Compete ao Tribunal de Contas:

I — quanto à receita:

a) — examinar e registrar os decretos e regulamentos relativos à arrecadação da receita, às operações de crédito e à emissão de títulos de empréstimos;

b) — examinar e registrar as isenções de impostos e taxas do Estado;

c) — registrar, independentemente de julgamento, as leis do Estado relativas à receita,

d) — examinar e registrar os contratos que digam respeito à receita pública.

II — quanto à despesa:

a) — velar por que a aplicação dos dinheiros públicos se dê na conformidade das leis especialmente, dos recursos do orçamento e dos créditos adicionais regularmente abertos;

b) — examinar os créditos adicionais abertos em virtude de autorização legal e dar-lhes registro:

c) — examinar e registrar os contratos, ajustes, acordos, convênios e quaisquer atos que, mediata ou imediatamente originem despesa, ordenem pagamento, adiantem fundos, autorizem abertura de créditos ou empenhem a responsabilidade financeira ou econômica do Estado;

d) — julgar da legalidade da concessão de aposentadoria, disponibilidade, gratificação adicional, reforma e pensões aos funcionários estaduais, civis e militares, apurando-lhes o tempo de serviço e fixando-lhes as respectivas vantagens;

e) — tomar, julgar e rever as contas dos responsáveis para com a Fazenda Estadual e as dos administradores dos serviços industrializados, entidades autárquicas, paraestatais, sociedades de economia mista. Fundações criadas ou reorganizadas por lei, inclusive Cooperativas com patrimônio ou base econômica, ainda que em parte, oriundo de recursos do Estado;

f) — examinar as modificações de créditos orçamentários que se realizarem no decurso do exercício financeiro e dar-lhes registro;

g) — examinar e registrar os contratos de empréstimos feitos pelos municípios, com garantia do Estado, e respectivas amortizações;

h) — julgar da legalidade dos contratos celebrados pelos municípios, desde que acarretem ônus para os cofres do Estado;

III — dar instruções a órgãos, repartições ou serviços estaduais sôbre matéria de sua competência;

IV — julgar da legalidade das fianças e cauções dos que, por determinação legal, a elas estejam obrigados, prestadas e processadas no Estado;

V — determinar a restituição, a quem de direito, das garantias referidas no inciso anterior, dando-lhes baixa e determinando o cancelamento dos respectivos têrmos:

VI — eleger seu Presidente e Vice-Presidente;

VII — elaborar seu Regimento Interno;

VIII — organizar os seus serviços internos e prover-lhes os cargos, na forma desta lei,

IX — propor ao Poder Legislativo a criação ou extinção de cargo e fixação dos respectivos vencimentos.

Artigo 25 — A competência do Tribunal de Contas do Estado, relativamente às matérias previstas no artigo anterior, exercita-se de referência a atos administrativos dos Podêres Executivo, Judiciário e Mesa da Assembléia Legislativa.

Artigo 26 — Das decisões não unânimes do Conselho da Fazenda caberá recurso *ex-officio* para o Tribunal de Contas, sempre que forem proferidas contra a Fazenda Estadual.

Artigo 27 — O Tribunal de Contas dará parecer prévio no prazo mínimo de trinta dias, sôbre as contas que o Governador deverá prestar, anualmente, à Assembléia Legislativa do Estado.

§ 1.º — O parecer consistirá numa apreciação geral sôbre o exercício financeiro e a execução do orçamento, na qual assinalará es-

pecialmente, quanto à receita, as omissões relativas a operações de crédito e quanto à despesa, os pagamentos irregulares, quer feitos sem crédito, quer além dos autorizados. Apontará, também, os casos de registro "sob reserva" com os esclarecimentos necessarios.

§ 2.º — Feito o exame a que se refere êste artigo, o Tribunal restituirá as contas do exercício financeiro ao Governador do Estado, com o respectivo parecer.

§ 3.º — Se as contas não forem, oportunamente, enviadas ao Tribunal, o Presidente comunicará o fato à Assembléia Legislativa para os fins de direito.

§ 4.º — O Tribunal de Contas, na hipótese do parágrafo anterior, apresentará à Assembléia Legislativa minucioso relatório do exercício financeiro encerrado.

Artigo 28 — O Tribunal de Contas apresentará, anualmente, ao Poder Legislativo, dentro em quinze dias da abertura da sessão ordinária da Assembléia, pormenorizado relatório dos seus trabalhos no exercício anterior.

Parágrafo único — Sem embargos do disposto neste artigo o Tribunal prestará à Assembléia tôdas as informações e apresentará todos os documentos que, a qualquer tempo, lhe forem por ela solicitados.

CAPÍTULO II

Da Jurisdição

Artigo 29 — O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa em todo o território do Estado, sôbre as matérias e pessoas sujeitas à sua competência, ainda quando exerçam estas suas funções, ou residam, fora dêle.

Artigo 30 — Estão sujeitos a prestação de contas e sòmente por ato do Tribunal podem ser liberados de suas responsabilidades:

I — O gestor dos dinheiros públicos e todos quantos, funcionários ou não, houverem arrecadado, dispendido, recebido depósito de terceiro ou tenham sob sua guarda e administração dinheiros, valôres e bens do Estado;

II — qualquer entidade ou pessoa que estipendiada ou não pelos cofres públicos estaduais, der causa a perda, extravio ou estrago de valores ou matérias do Estado, pelos quais responda;

III — os que se obrigarem por contrato de empreitada ou fornecimento e os que receberem dinheiro por antecipação ou adiantamento;

IV — os administradores dos serviços industrializados, entidades autárquicas, paraestatais, sociedades de economia mista, fundações, com patrimônio ou base econômica, ainda que em parte, oriundo de recursos do Estado

CAPÍTULO III

Das atribuições

SECÇÃO I

Do Tribunal Pleno

Artigo 31 — São da atribuição do Tribunal Pleno as matérias constantes das letras *A, C* e *D* do inciso I; *A, B, C, F, G* e *H* do inciso II; dos incisos III, VI, VII, VIII e IX do art. 24 desta lei, bem como, a do artigo 26

SECÇÃO II

Das Câmaras

Artigo 32 — São atribuições da Primeira Câmara:

I — a competência para o exame e registro da matéria enumerada na letra *b*) do inciso I do artigo 24;

II — a competência para o julgamento das matérias constantes das letras *a*) e *d*) do inciso II do artigo 24;

Artigo 33 — São atribuições da Segunda Câmara:

I — a competência para o julgamento das matérias indicadas nas letras *a*) e *d*) do inciso II do artigo 24;

II — a competência para o julgamento das matérias previstas nos incisos IV e V do artigo 24.

SECÇÃO III

Do Presidente

Artigo 34 — São atribuições do Presidente do Tribunal, além das que forem fixadas no Regimento Interno:

I — presidir as sessões, dirigindo as discussões e votações no Tribunal Pleno;

II — convocar sessões extraordinárias;

III — superintender os serviços internos do Tribunal, ministrando-lhes as instruções que julgar necessárias;

IV — cumprir o disposto no artigo 28 desta lei;

V — fazer expedir e subscrever os títulos executórios das decisões do Tribunal;

VI — assinar as quitações passadas aos diversos responsáveis;

VII — assinar as ordens de prisão administrativas emanadas do Tribunal;

VIII — distribuir os processos entre os Conselheiros, designando os respectivos Relatores;

IX — conceder férias e licenças aos Conselheiros, membros do Corpo Auxiliar e funcionários do Tribunal;

X — dar posse aos Conselheiros, membros do Corpo Auxiliar e funcionários do Tribunal;

XI — comunicar, a quem de direito, o teor das decisões do Tribunal, ou de suas Câmaras, que apurem crimes de responsabilidade;

XII — atestar o exercício dos Conselheiros e membros do Corpo Auxiliar;

XIII — elaborar e depois de aprovado pelo Tribunal, enviar à Assembléia o Relatório a que se refere o artigo 28 desta lei;

XIV — autorizar a despesa do Tribunal;

XV — providenciar a tomada de contas dos responsáveis que não as tenham prestado no prazo legal;

XVI — relatar em sessão os atos sujeitos ao registro do Tribunal. de quantia superior a

cem mil cruzeiros (Cr$ 100.000,00), e os processos relativos a aberturas de créditos adicionais;

XVII — designar o Conselheiro que deva lavrar a Resolução nos processos em que os respectivos relatores hajam sido vencidos;

XVIII — emitir voto de qualidade quando ocorrer empate na votação de qualquer processo ou matéria;

XIX — nomear o pessoal permanente e expedir todos os atos que lhe digam respeito mediante aprovação do Plenário, quanto a admissão do pessoal permanente;

XX — representar o Tribunal em suas relações oficiais;

XXI — aplicar aos funcionários do Tribunal, mediante aprovação do Plenário, as penalidades necessárias, em conformidade com o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado.

SECÇÃO IV

Do Vice-Presidente

Artigo 35 — São atribuições do Vice-Presidente:

I — substituir o Presidente em seus impedimentos, faltas, licenças ou férias;

II — atestar o exercício do Presidente;

III — conceder ao Presidente férias ou licenças.

SECÇÃO V

Do Conselheiro Semanário

Artigo 36 — São atribuições do Conselheiro Semanário que será, hebdomadariamente, escalado, em rodízio, segundo o critério de antiguidade:

I — determinar, diàriamente, o visto e registro, independentemente de julgamento do Tribunal, nas ordens e empenhos até a importância de Cr$ 100.000,00;

II — submeter ao Plenário os processos de sua atribuição própria, desde que tenham informação contrária, suscitem dúvida ou envolvam matéria de interpretação de lei.

Parágrafo único — As atribuições do Conselheiro Semanário não excluem as comuns e normais de relatar e julgar em sessão os processos que lhe forem distribuídos.

CAPÍTULO IV

Do exame e registro

Artigo 37 — Os contratos, ajustes, acordos ou convênios e seus têrmos aditivos ou alterações que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa sòmente se reputarão eficazes depois de registrados pelo Tribunal de Contas.

§ 1.º — A recusa de registro suspenderá a execução do ato, até que sôbre ela se pronuncie a Assembléia Legislativa.

§ 2.º — Dentro em 48 horas, após a aprovação da ata da sessão em que fôr conferida a decisão denegatória do registro, deverá o respectivo processo ser enviado à Assembléia Legislativa.

Artigo 38 — No exame dos atos enunciados no artigo anterior, verificar-se-á:

I — se foram lavrados na Secretaria de Estado ou repartição competente, excetuados os que, por fôrça de lei, devem ser feitos por instrumento público;

II — se foram celebrados por autoridade competente e dentro dos créditos à cuja conta deve correr a despesa;

III — se guardam conformidade com as condições estabelecidas em lei, regulamento, instrução, edital ou chamamento administrativo quanto a serviços, obras, fornecimentos e seus preços;

IV — se respeitam as disposições da legislação administrativa e do direito comum, no que lhes forem aplicáveis.

Artigo 39 — A decisão sôbre registro dos atos indicados no artigo 34 desta lei deverá dar-se dentro no prazo de vinte dias, a contar da entrada do respectivo processo no Tribunal.

Artigo 40 — No exame prévio das ordens de adiantamento, o Tribunal verificará os seguintes requisitos essenciais:

I — se decorrem de alguma das hipóteses previstas pelo Código de Contabilidade;

II — se a autoridade ordenadora é competente para expedí-la;

III — se é dirigida ao órgão competente para cumpri-la;

IV — se a despesa foi préviamente empenhada e deduzida a importância do crédito orçamentário ou adicional próprio;

V — se estão indicados expressamente, no ofício de requisição ou no instrumento de empenho: o seu fundamento legal, o nome do responsável, a importância do adiantamento, o fim a que êste se destina, o período de aplicação e a verba ou crédito onde se acha classificada a despesa;

VI — se o responsável é funcionário do Estado e de categoria compatível com a importância e natureza do adiantamento, e o não sendo a que título o receberá.

Artigo 41 — O período de aplicação do referido ítem V do artigo anterior começará da data do registro da ordem no Tribunal e o seu têrmo final será dentro nos sessenta ou noventa dias a contar da data do recebimento no Tesouro.

Artigo 42 — Da aplicação dada ao adiantamento prestarão os responsáveis contas dentro de trinta dias, contadas da terminação do prazo concedido para pagamento, sob pena de multa de Hum por cento (1%) sôbre o seu valor, aplicada pelo Tribunal de Contas, além do recolhimento de juros compensatórios de seis por cento (6%) ao ano, calculados sôbre o saldo, porventura existente, até a sua restituição.

Artigo 43 — Os prazos para pagamento ou para prestação de contas de adiantamentos poderão ser prorrogados pelo Governador do Estado, Chefe do Poder Legislativo ou Judiciário e Presidente do Tribunal de Contas, respeitado, sempre, quanto ao primeiro prazo, o limite constitucional do exercício financeiro.

Parágrafo Único — Os adiantamentos iguais ou superiores a cem mil cruzeiros (Cr$ 100.000,00) e os saldos de qualquer importância durante o tempo de prorrogação deverão estar depositados em Banco Oficial do Estado, em conta de Depósitos de Podêres Públicos, creditados os respectivos juros ao Estado, que serão, pelo aludido estabelecimento de crédito, recolhidos, periòdicamente ao Tesouro do Estado.

Artigo 44 — No exame prévio das ordens de pagamento, o Tribunal verificará os seguintes requisitos indispensáveis:

I — se a autoridade ordenadora é competente;
II — se é dirigida a autoridade competente para executá-la;
III — se a despesa foi prèviamente empenhada por autoridade competente e deduzida a importância do crédito próprio;
IV — se estão mencionados o nome do credor e a importância do seu crédito;
V — se estão instruídas com os elementos comprobatórios da despesa;
VI — se guardam conformidade com a legislação que lhes fôr aplicável.

Artigo 45 — As ordens de pagamento resultantes de atos já registrados pelo Tribunal independem, para ser cumpridas, de nôvo registro prévio.

Artigo 46 — Estão sujeitos ao registro a **posteriori**, que é obrigatório nos seguintes casos:

I — os pagamentos de letras do Tesouro, de quaisquer títulos da dívida flutuante e juros devidos:
II — as despesas miúdas de pronto pagamento e as de expediente das repartições;
III — os suprimentos de fundos para a compra de gêneros alimentícios, combustíveis e matérias primas:
IV — as cartas de tarefa, até o limite da importância de HUM milhão de cruzeiros (Cr$1.000.000,00):
V — as despesas em casos de guerra, calamidade pública, comoção intestina ou grave pertubação da ordem pública;
VI — os pagamentos de vencimentos de funcionários, ainda que inativos; salários de extranumerários, ajudas de custo e despesas de viagem em objeto de serviço; auxílio para diferença de caixa:
VII — prestações contratuais, inclusive alugueres; e outras despesas semelhantes, certas, fixas e pagáveis periòdicamente:
VIII — as despesas referentes a operações de crédito, quando o Govêrno julgar necessária a devida reserva, para o bom êxito das mesmas;
IX — as despesas de custeio e manutenção dos Palácios, as de recepções, excursões, homenagens e hospedagens, as de gênero de alimentação e dieta para os estabelecimentos hospitalares e penitenciárias e as de produtos químicos biológicos, farmacêutico e odontológicos, para os estabelecimentos hospitalares;
X — os casos especiais expressamente autorizados em lei aprovada por dois têrços da Assembléia Legislativa.

Artigo 47 — A recusa de registro de qualquer ato por falta de saldo no crédito respectivo ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo, facultado à Administração pedir reconsideração ao Tribunal dentro no prazo de dez dias, contado da entrada do processo na repartição ou Secretaria de origem.

Parágrafo Único — Quando a recusa tiver outro fundamento, deverá transmití-la o Tribunal de Contas, devidamente justificada, dentro em quarenta e oito horas, após a aprovação da ata da sessão em que fôr conferida a decisão denegatória de registro, à Assembléia Legislativa, efetuando-se, entretanto, o registro sob reserva se o Governador o determinar no caso de se não manifestar a Assembléia, dentro no prazo de oito dias.

Artigo 48 — O registro será simples, sob reserva, **prévio ou a posteriori.**

§ 1.º — O registro é simples quando a inscrição do ato nos assentamentos do Tribunal fôr feita sem que haja sido objeto de impugnação à sua legalidade; é sob reserva no caso da parte final do parágrafo único do artigo anterior.

§ 2.º — O registro é prévio quando se realiza antes da execução do ato proposto ao exame do Tribunal; é **a posteriori** se se efetua depois de consumado o ato.

Artigo 49 — Quando a lei não determinar a forma do registro êste será prévio.

Artigo 50 — Não será recusado registro, desde logo a nenhum ato, por inobservância de exigência, formalidade ou requisito que possa ser satisfeito depois de sua constituição, quer mediante ratificação ou retificação, quer por outro modo.

Parágrafo Único — A seu critério o Relator poderá determinar, por despacho, quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias à instrução do processo.

Artigo 51 — Para efeito do registro, **a posteriori**, as repartições pagadoras competentes encaminharão obrigatòriamente ao Tribunal, dentro no prazo de trinta dias, contados da entrega ou do pagamento, a relação das despesas, com os elementos indispensáveis ao exame de sua regularidade e legalidade.

Artigo 52 — Sob a responsabilidade estrita e solidária dos ordenadores e pagadores, nenhuma ordem de pagamento ou adiantamento será cumprida sem haver sido, prèviamente, registrada no Tribunal de Contas, excetuadas as hipóteses de registro *a posteriori* previstas nesta lei.

Caso os ordenadores autorizem ou os pagadores efetuem qualquer pagamento ou adiantamento sem o preenchimento dessa exigência, serão as importâncias levadas à conta de alcance dos mesmos.

Parágrafo Único — Para se isentarem dessa responsabilidade, os pagadores deverão, dentro de oito dias, dar conhecimento do fato

ao Tribunal, se o fizeram mediante ordem expressa e escrita das autoridades ordenadoras.

Artigo 53 — Incorrerão na mesma penalidade do artigo anterior os ordenadores e pagadores que autorizarem e pagarem despesas sujeitas a registro a **posteriori**, desde que à conta de verba imprópria ou além dos créditos específicos. No primeiro caso, pela totalidade da despesa; no segundo pelo que exceder.

CAPÍTULO V

Da Tomada de Contas

Artigo 54 — As contas dos responsáveis serão tomadas:

I — por exercício;
II — por gestão;
III — por execução de contrato;
IV — para liquidação de comissão;
V — para comprovação de aplicação de adiantamento;
VI — em virtude de inquérito administrativo, em que se apure extravio ou deteriolação culposa de valôres, bens ou materiais do Estado.

§ 1.º — Nos casos de desfalque, desvio de bens do Estado, demissão, exoneração, abandono da função ou falecimento, a tomada de contas será imediatamente iniciada.

§ 2.º — O Tribunal poderá efetuar **ex-officio** a tomada de contas dos responsáveis que, em tempo, não tiverem apresentado as suas contas, nem devolvido os livros e documentos de sua gestão.

Artigo 55 — Na Tomada de Contas, o Tribunal firmará a situação do responsável perante a Fazenda Pública, julgando-o quitado em crédito ou em débito.

§ 1.º — Nos dois primeiros casos, passar-lhe-á quitação e, no último, o condenará a pagar em prazo que não exceder de 90 dias, o alcance apurado e bem assim os juros legais de mora.

§ 2.º — Findo o prazo do parágrafo anterior e não pagando o responsável o **quantum** a que fôra condenado, ser-lhe-á expedido título executório da decisão.

§ 3.º — O título executório será remetido ao 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça que promoverá a execução do devedor ou do seu fiador, se fôr o caso.

§ 4.º — Da mesma forma proceder-se-á nos casos de sequestro dos bens dos responsáveis que poderá ser decretado pelo Tribunal, para garantia em quantidade suficiente, dos interêsses da Fazenda Pública.

Artigo 56 — Sempre que, nos processos de tomada de contas, o Tribunal apurar qualquer crime contra o Erário, proferirá a decisão de sua competência, remetendo, a seguir, ao 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça, os elementos para a promoção da responsabilidade criminal dos culpados.

Artigo 57 — O Tribunal ordenará a prisão dos responsáveis que, julgados em alcance, por decisão definitiva, ou intimados para dizerem sôbre alcance em processo corrente de tomada de contas, procurem ausentar-se furtivamente ou abandonarem a função, comissão ou serviço de que se achem encarregados ou tiverem tomado por empreitada.

Parágrafo Único — A prisão de que trata êste artigo não excederá, em nenhuma hipótese, 90 dias, e, dentro nesse prazo, os elementos que a tiverem determinado serão remetidos ao 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça para a instauração do processo criminal.

Artigo 58 — As diligências ordenadas nos processos de tomada de contas devem ser cumpridas pelos responsáveis dentro do prazo de 30 dias, contados do recebimento do processo, salvo motivo de fôrça maior, a Juízo do Tribunal.

§ 1.º — A inobservância do prazo dêste artigo sujeitará o responsável à multa de 1% sôbre o valor do total da conta.

§ 2.º — Nos casos de tomadas de contas de autarquias, serviços industrializados, entidades paraestatais, sociedades de economia mista ou fundações, quando não cumpridas as diligências no prazo previsto neste artigo, o Tribunal oficiará imediatamente à Secretaria da Fazenda, determinando a suspensão de qualquer pagamento à entidade em causa, até que o Tribunal comunique o levantamento da interdição, sob pena de ser declarado o alcance da autoridade ordenadora.

TÍTULO — III

Dos Recursos

CAPÍTULO — I

Disposições Gerais

Artigo 59 — Das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, cabem os seguintes recursos:

I — embargos de declarações;
II — embargos infringentes e de nulidade;
III — revisão.

Artigo 60 — Podem recorrer, conforme o caso, as partes interessadas, os Secretários de Estado, Presidentes ou Diretores de Órgãos Autônomos e o Ministério Público.

Parágrafo Único — Serão gratuitos os recursos interpostos por funcionários públicos, órgãos da administração estadual e pelo Ministério Público, e não terão efeito suspensivo, salvo o caso de embargos de declaração. Nos demais casos, é permitido ao Cartório cobrar custas de acôrdo com o Regimento de Custas do Estado, na parte relativa aos serviços da Secretaria do Tribunal de Justiça.

Artigo 61 — Os recursos, quando originàriamente interpostos perante o Tribunal, independem de assinatura de têrmo específico.

Parágrafo Único — Qualquer recurso será preliminarmente informado quanto ao prazo e o direito, pela Secção competente e dêle terá vista o Ministério Público, se êste não fôr o Recorrente, caso em que será dada vista à parte recorrida.

CAPÍTULO — II

Dos embargos de declaração

Artigo 62 — Cabem embargos de declaração quando a decisão fôr omissa em ponto essencial, ou quando nela houver alguma obscuridade, ambigüidade ou contradição.

Artigo 63 — Os embargos declaratórios serão opostos, em petição dirigida ao Relator, dentro de 20 dias contados da comunicação da resolução ao órgão competente para executá-la.

§ 1.º — A petição indicará o ponto obscuro, omisso, ambíguo ou contraditório, cuja declaração se imponha e, se o não fizer, será, desde logo, indeferida por despacho irrecorrível.

§ 2.º — O Relator, independentemente de qualquer formalidade, apresentará os embargos em mesa para julgamento, até a segunda sessão que se seguir ao seu recebimento, fazendo o Relatório e emitindo o seu voto.

§ 3.º — Se os embargos forem providos, a nova decisão se limitará a corrigir a obscuridade, omissão, ambigüidade ou contradição.

§ 4.º — Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar.

CAPÍTULO — III

Dos embargos infringentes e de nulidade

Artigo 64 — Admitir-se-ão embargos infringentes de julgado e de nulidade, das decisões das Câmaras para o Tribunal Pleno, ou quando a decisão fôr proferida em processo da competência originária do Tribunal Pleno, sempre que não forem unânimes.

§ 1.º — Os embargos serão opostos dentro de 30 dias, contados da intimação da Resolução que houver, ou de sua publicação em ata, do Diário Oficial, pelas partes interessadas, ou pelo Ministério Público, e deduzidos por artigos em petição dirigida ao Presidente do Tribunal, e não poderão ser rejeitados de plano.

§ 2.º — O prazo para o preparo, se fôr o caso, será de 8 dias, contados da data do seu recebimento no protocolo.

§ 3.º — O Relator dos embargos não poderá ser o mesmo da decisão embargada, bem assim o Revisor ou Adjunto.

§ 4.º — É permitido ao embargante instruir o recurso com documentos novos.

Artigo 65 — Ocorrendo empate na votação, prevalecerá a decisão objeto dos embargos.

CAPÍTULO — IV

Da Revisão

Artigo 66 — Das decisões do Tribunal e de suas Câmaras caberá recurso de revisão, para o Tribunal Pleno dentro de 5 anos, a contar da publicação do Diário Oficial.

Artigo 67 — O recurso de revisão, interposto por meio de petição dirigida ao Presidente do Tribunal, sòmente terá por fundamento:

I — êrro de cálculo:
II — omissão, duplicata ou classificação errada de qualquer verba, débito ou crédito;
III — falsidade de documento;
IV — prescrição;
V — quitação legal;
VI — superveniência de novos documentos que alterem ou modifiquem a prova anterior;
VII — inobservância ou infração de dispostivo legal ou regulamentar.

Artigo 68 — Na revisão, com efeito devolutivo a todo processo, poderão ser retificados quaisquer êrros ou enganos, ainda que a retificação se faça não no interêsse do recorrente mas no do recorrido.

TÍTULO — IV

Do Ministério Público

CAPÍTULO — I

Artigo 69 — A Fazenda Estadual será representada, junto ao Tribunal de Contas, pelo 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça, assistido por dois Auxiliares, membros efetivos do Ministério Público.

Artigo 70 — Compete ao 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça:

I — assistir às sessões do Tribunal ao lado do Presidente, sendo-lhe faculdado o uso da palavra após o relatório do feito;
II — promover e patrocinar, perante o mesmo Tribunal, a defesa dos interêsses patrimoniais e fiscais do Estado, autarquias, entidades paraestatais, sociedades de economia mista e fundações;
III — dizer do direito verbalmente ou por escrito por deliberação do Tribunal ou a requerimento de qualquer Ministro, em todos os processos sujeitos à decisão do Tribunal;
IV — praticar todos os atos que lhe são atribuídos por esta lei;
V — apresentar ao Procurador Geral da Justiça, até o dia 15 de fevereiro do ano seguinte, o Relatório circunstanciado das atividades da 2a. Sub-Procuradoria, no exercício anterior.

Artigo 71 — O 2.º Sub-Procurador será substituído em suas faltas e impedimentos por um membro do Ministério Público da Capital, designado pelo Procurador Geral da Justiça e em caso de férias ou ausência não superior a 15 dias, pelo auxiliar que êle próprio designar.

Artigo 72 — Os cargos de 2.º Sub-Procurador Geral da Justiça e os de seus auxiliares reger-se-ão pela Lei Orgânica do Ministério Público e por esta Lei.

Artigo 73 — Compete aos auxiliares da 2a. Sub-Procuradoria Geral da Justiça junto ao Tribunal de Contas:

I — Oficiar nos processos que, pelo Regulamento Interno, forem deferidos à sua competência;

II — acompanhar as diligências externas ou internas por indicação do 2.º Sub-Procurador.

III — oficiar em qualquer processo que lhe seja distribuído pelo 2.º Sub-Procurador;

IV — substituir, na forma do artigo 71 desta lei, o 2.º Sub-Procurador;

V — apresentar ao 2.º Sub-Procurador, até 31 de janeiro de cada ano, relatório pormenorizado dos trabalhos em que tiver intervido, no qual fará as sugestões que julgar adequadas para o melhor processamento dos serviços;

VI — assistir, segundo a designação do 2.º Sub-Procurador, às sessões das Câmaras do Tribunal, ao lado do respectivo Presidente, sendo-lhe facultada a palavra, após o relatório do feito.

TÍTULO V

Do Corpo Auxiliar

Artigo 74 — O Corpo Auxiliar, órgão técnico auxiliar, será constituído de: a) dois (2) Auditores, Bacharéis em Direito, nomeados em caráter efetivo, dentre profissionais competentes de reconhecida idoneidade, com, pelo menos, cinco (5) anos de prática; b) cinco funcionários do Estado, possuidores de reconhecida idoneidade e especialização em assuntos contábeis ou fiscais que forem designados pelo Governador do Estado, mediante solicitação do Tribunal. Todos os membros do Corpo Auxiliar perceberão as vantagens da Função Gratificada T.C.G. 3, por designação do Conselheiro Presidente.

§ 1.º — O Presidente do Tribunal, com aprovação do Plenário, designará entre os componentes do Corpo Auxiliar o que deva presidí-lo, que perceberá a Função Gratificada T.C.G. 2.

§ 2.º — O Corpo Auxiliar terá um Secretário, designado pelo Presidente do Tribunal dentre os funcionários de seu quadro e perceberá a função gratificada T.C.G. 6.

§ 3.º — Como serviço especializado do Corpo Auxiliar funcionará o do Contrôle do Almoxarifado, do qual será encarregado um Técnico de Almoxarifado, designado em Comissão pelo Presidente do Tribunal, para exercer a função gratificada T.C.G. 5, de Inspetor de Almoxarifados.

Artigo 75 — As atribuições do Corpo Auxiliar serão definidas e especificadas no Regimento Interno, competindo-lhes, porém, dentre outros, efetuar verificações, exames *in-loco*, quando forem julgados necessários ao preparo e instrução de quaisquer recursos por decisão do Tribunal.

TÍTULO VI

Da Administração

CAPÍTULO I

Da Diretoria

Artigo 76 — Os serviços administrativos do Tribunal de Contas ficarão a cargo da Diretoria de Administração, dirigidas por um Diretor, nomeado em Comissão, pelo Presidente, mediante aprovação do Plenário com os vencimentos do símbolo TC.G. 2 ou da função gratificada T.C.G. 3.

Artigo 77 — Integram a Diretoria de Administração:

I — Secção Financeira
II — Secção de Contas
III — Secção de Pessoal
IV — Secção de Comunicações
V — Cartório.

Parágrafo único — O Regimento Interno definirá as atribuições de Diretoria de Administração e suas Secções.

Artigo 78 — Cada Secção das enunciadas no artigo anterior será dirigida por um Chefe de Secção T.C.G. 4 e dividir-se-á em duas turmas, dirigidas por Encarregado de Turma T.C.G. 8.

Parágrafo único — O Cartório ficará sob a responsabilidade de um Escrivão T.C.G. 4 e terá ainda um Sub-Escrivão T.C.G. 8.

CAPÍTULO II

Da Secretaria

Artigo 79 — A Secretaria do Tribunal, com as atribuições fixadas por esta lei e as que forem definidas pelo Regimento Interno, será dirigida por Bacharel em Direito, nomeado em comissão pelo Presidente, mediante aprovação do plenário, com os vencimentos do símbolo T.C.G. 3 ou designado para exercer a função gratificada T.C.G. 1.

Artigo 80 — Compete ao Secretário:

a) — o serviço das atas das sessões das Câmaras e do Tribunal Pleno;

b) — a emissão de parecer final nos processos que forem determinados no Regimento Interno.

Artigo 81 — Junto à Presidência haverá um Assistente, Cargo em Comissão T.C.G. 1 e um Oficial de Gabinete, Função Gratificada T.C.G. 4

Parágrafo único — Junto à Secretaria funcionarão, como Oficial de Gabinete, Função Gratificada T.C.G. 5 e Oficiais de Expediente, função gratificada T.C.G. 6, três funcionários indicados pelo Secretário e designados pelo Presidente do Tribunal.

TÍTULO VII

Disposições especiais e transitórias

Artigo 82 — Fica criado o quadro de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado, constituído dos cargos e funções constantes das Tabelas anexas ns. 1, 2, 3, 4 e 5 que integram a presente lei.

Artigo 83 — Os símbolos referentes ao padrão dos cargos isolados de carreira e em comissão do quadro dos Serviços Auxiliares do Tribunal terão os seguintes valores mensais:

TC. 20	8.500,00
TC. 21	9.000,00
TC. 22	9.500,00
TC. 23	10.000,00
TC. 24	10.500,00
TC. 25	11.500,00
TC. 26	13.000,00
TC. 27	14.000,00
TC. 28	15.000,00
TC. 29	16.000,00
TC. 30	17.000,00
TC. 31	18.000,00
TC. 32	20.000,00
TC. 33	21.000,00
TC. 34	22.000,00
TC. 35	23.000,00
TC. 36	24.000,00
TC. 37	25.000,00
TC. 38	31.000,00
TC. C. 1	30.000,00
TC. C. 2	45.000,00
TC. C. 3	50.000,00

Artigo 84 — As funções gratificadas do mesmo quadro corresponderão aos seguintes valores mensais:

TC. G. 8	5.000,00
TC. G. 7	6.500,00
TC. G. 6	7.000,00
TC. G. 5	8.000,00
TC. G. 4	9.000,00
TC. G. 3	12.000,00
TC. G. 2	15.000,00
TC. G. 1	25.000,00

Artigo 85 — O pessoal atualmente lotado no Tribunal e que nêle se encontre servindo, inclusive o pessoal variável, será, a critério do Plenário e sem redução de vencimentos ou salários, aproveitado nos cargos criados por esta lei, devendo ser-lhe expedidas as respectivas apostilas.

Parágrafo único — O pessoal lotado no Tribunal que se encontrar à disposição de outras repartições será relotado, a critério da Administração.

Artigo 86 — O pessoal que, lotado em outros órgãos da Administração, se ache à disposição do Tribunal poderá ser aproveitado na forma do artigo anterior.

Artigo 87 — Considerar-se-ão prorrogados, até 31 de dezembro do ano em que se esgotarem os respectivos prazos, os mandatos dos atuais Presidente e Vice-Presidente do Tribunal, para efeito do disposto no artigo 13 do presente diploma.

Artigo 88 — Ficam anistiados os débitos a que estão sujeitos os espólios de responsáveis por exatorias, tesourarias, repartições arrecadadoras e pagadoras, desde que o processo de liquidação das contas conte mais de cinco anos.

Parágrafo único — Não se beneficiará com a anistia o herdeiro ou herdeiros do funcionário falecido que possua renda própria em nível sujeito à incidência do impôsto de renda.

Artigo 89 — O Tribunal de Contas do Estado deverá elaborar, dentro de 90 dias, o seu Regimento Interno, que disporá da forma adequada para o exercício da competência que lhe é deferida nesta lei.

Artigo 90 — Esta lei entra em vigor a 1.º de janeiro de 1962, revogadas a Lei n. 158, de 15 de janeiro de 1949, e demais disposições que a contrariem.

PALÁCIO DO GOVÊRNO DO ESTADO DA BAHIA, em 17 de novembro de 1961.

(Ass.) JURACY MAGALHÃES

Manso Cabral
Jayme de Sá Menezes
Wilson Lins
Ruy Santos

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEI N.º 1.518 DE 17—10—961

Cria o município de Ibititá, desmembrado do de Irecê.

Pub. no Diário Oficial de 19—10—961

LEI N.º 1.519 DE 17—10—961

Cria o município de São Roque do Paraguassu, desmembrado do de Maragogipe.

Pub. no Diário Oficial de 19—10—961

LEI N.º 1.520 DE 17—10—961

Adota sistema especial de cobrança do Impôsto sôbre Vendas e Consignações destinado às operações de órgãos federais de comercialização de produtos de exportação do Estado

Pub. no Diário Oficial de 21—10—961

LEI N.º 1.521 DE 17—10—961

Institui uma bolsa de estudos com a denominação de Maria Luiza de Souza Alves e dispõe sôbre a sua concessão.

Pub. no Diário Oficial de 21—10—961

LEI N.º 1.524 DE 17—10—961

Autoriza a instalação de escolas maternais e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 21—10—961
Ret. em 22 e 23—10—961

DECRETO N.º 18.159 DE 20—10—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Floresta Azul, para efeito da criação do respectivo município, desmembrado do de Ibicaraí.

Pub. no Diário Oficial de 21—10—961

DECRETO N.º 18.160 DE 20—10—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Tinguatiba, para efeito da criação do município de Antônio Cardoso, desmembrado do de São Gonçalo dos Campos.

Pub. no Diário Oficial de 21—10—961

LEI N.º 1.531 DE 20—10—961

Cria o município de Conceição de Jacuípe, desmembrado do de Santo Amaro.

Pub. no Diário Oficial de 22 e 23-10-61

LEI N.º 1.532 DE 20—10—961

Cria o município de Terra Nova, desmembrado do de Santo Amaro.

Pub. no Diário Oficial de 22 e 23-10-61

LEI N.º 1.533 DE 20—10—961

Cria o município de Amélia Rodrigues, desmembrado do de Santo Amaro.

Pub. no Diário Oficial de 22 e 23-10-61

LEI N.º 1.534 DE 20—10—961

Cria o município de Teodoro Sampaio, desmembrado do de Santo Amaro.

Pub. no Diário Oficial de 22 e 23-10-61

DECRETO N.º 18.163 DE 20—10—961

Prorroga até 31 de dezembro do corrente ano o prazo de vigência do Decreto n.º 18.000, de 25 de abril de 1961.

Pub. no Diário Oficial de 22 e 23-10-61

DECRETO N.º 18.170 DE 25—10—961

Concede autorização para o funcionamento do Curso Pedagógico do Instituto N. S. de Fátima, em Campo Formoso, a partir do próximo ano de 1962.

Pub. no Diário Oficial de 27—10—961

LEI N.º 1.535 DE 25—10—961

Eleva o limite máximo dos empréstimos imobiliários concedidos pelo Montepio dos Servidores do Estado e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 28—10—961

DECRETO Nº 18.171 DE 27—10—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Itapiru, para efeito da criação do município de Teofilândia, desmembrado do de Serrinha.

Pub. no Diário Oficial de 28—10—961
Rep. em 8—11—961

DECRETO N.º 18.174 DE 27—10—961

Aprova as normas e critérios adotados pela Comissão encarregada da elaboração de Promoções e Transferências do Professorado Primário do Estado.

Pub. no Diário Oficial de 4—11—961

LEI N.º 1.537 DE 26—10—961

Cria a Escola de Agronomia de Juàzeiro.

Pub. no Diário Oficial de 8—11—961

DECRETO N.º 18.177 DE 4—11—961

Fixa data para realização de plebiscito para efeito de criação do município de Biritinga, desmembrado do de Serrinha.

Pub. no Diário Oficial de 8—11—961

LEI N.º 1.538 DE 7—11—961

Cria o município de Simões Filho, desmembrado do de Salvador.

Pub. no Diário Oficial de 9—11—961

DECRETO N.º 18.180 DE 8—11—961

Estabelece normas para os convênios de custeio por emprêsas industriais, comerciais e agrícolas, nos têrmos da letra **B** do Decreto Federal 50.423 de 8 de abril de 1961.

Pub. no Diário Oficial de 10—11—961

LEI N.º 1.540 DE 8—11—961

Cria o município de Nova Canaan, desmembrado do de Poções.

Pub. no Diário Oficial de 12 e 13-11-961

DECRETO N.º 18.181 DE 9—11—961

Considera sem efeito o Decreto número 18.065—A, de 31 de julho do corrente ano.

Pub. no Diário Oficial de 11—11—961

DECRETO N.º 18.182 DE 9—11—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Pau Brasil, para efeito de criação do mesmo município.

Pub. no Diário Oficial de 11—11—961

DECRETO N.º 18.186 DE 14—11—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Igatiquira, para efeito da criação do município de Cravolândia, desmembrado do de Santa Inês.

Pub. no Diário Oficial de 17—11—961

LEI N.º 1.544 DE 14—11—961

Adota, na Penitenciária do Estado e no Instituto de Preservação e Reforma o regime da Lei n.º 98, de 1948, e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 17—11—961

LEI N.º 1.545 DE 14—11—961

Dispõe sôbre auxílio financeiro para os festejos centenários da educadora Amélia Rodrigues.

Pub. no Diário Oficial de 17—11—961

LEI N.º 1.549 DE 16—11—961

Cria, sob a forma de autarquia, a Superintendência de Águas e Esgotos do Recôncavo, transforma o atual Departamento de Saneamento em Departamento de Engenharia Sanitária e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 17—11—961
Ret. em 18—11—961

DECRETO N.º 18.187 DE 17—11—961

Emite apólices denominadas de "Equilíbrio Financeiro do Estado" para garantir operação de crédito com o Banco do Brasil S.A.

Pub. no Diário Oficial de 19 e 20-11-961
Ret. em 3 e 4—2—962

LEI N.º 1.550 DE 17—11—961

Cria o município de Rio do Pires, desmembrado do de Paramirim.

Pub. no Diário Oficial de 21—11—961

LEI N.º 1.554 DE 17—11—961

Reorganiza o Tribunal de Contas do Estado e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 26 e 27-11-961

LEI N.º 1.558 DE 20—11—961

Cria o município de Anguera, desmembrado do de Feira de Santana.

Pub. no Diário Oficial de 21—11—961

DECRETO N.º 18.195 DE 19—11—961

Dispõe sôbre o brasão, o estandarte e outros símbolos da Polícia Militar do Estado.

Pub. no Diário Oficial de 22—11—961

DECRETO N.º 18.197 DE 22—11—961

Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação o prédio n.º 10 situado à rua Rocha Galvão, nesta Capital.

Pub. no Diário Oficial de 24—11—961

LEI N.º 1.559 DE 24—11—961

Cria o município de Mirangaba, desmembrado do de Saúde.

Pub. no Diário Oficial de 25—11—961

DECRETO N.º 18.201 DE 24—11—961

Determina a instalação do têrmo de Olindina.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961

DECRETO N.º 18.202 DE 24—11—961

Determina a instalação do têrmo de Barra do Mendes.

Pub. no Diário Oficial de 29—11—961

DECRETO N.º 18.203 DE 24—11—961

Determina a instalação do têrmo de Paulo Afonso.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961

DECRETO N.º 18.204 DE 24—11—961

Determina a instalação do têrmo de Iaçu.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961

DECRETO N.º 18.205 DE 24—11—961

Altera o Regimento Interno da Imprensa Oficial da Bahia.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961
Ret. em 29—11—961

DECRETO N.º 18.208 DE 27—11—961

Determina a instalação do têrmo de Ibotirama.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961

DECRETO N.º 18.209 DE 27—11—961

Marca para o dia 10 de novembro p. vindouro a instalação do têrmo de Itagibá, de 1.ª Entrância, criado pela Lei n.º 1.020, de 14 de agôsto de 1958.

Pub. no Diário Oficial de 28—11—961

LEI N.º 1.560 DE 28—11—961

Dispõe sôbre o regime de trabalho das repartições do Serviço Público Estadual.

Pub. no Diário Oficial de 3 e 4-12-961

LEI N.º 1.562 DE 29—11—961

Regula a cobrança de emolumentos devidos à Presidência da Junta Comercial da Bahia pela assinatura de Têrmos e Títulos, bem como pela rubrica de Livros a cargo dos respectivos Deputados em função no dito órgão de julgamento.

Pub. no Diário Oficial de 30—11—961

LEI N.º 1.563 DE 29—11—961

Cria o município de Malhada, desmembrado do de Carinhanha.

Pub. no Diário Oficial de 30—11—961

LEI N.º 1.564 DE 30—11—961

Fixa os subsídios e verba de representação dos Prefeitos das estâncias hidro-minerais de Itaparica e Cipó e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 2—12—961

LEI N.º 1.565 DE 30—11—961

Altera a Lei Estadual n.º 465, de 3 de maio de 1952, transferindo a sede do Instituto de Cacau da Bahia, para Ilhéus e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 2—12—961

DECRETO N.º 18.215 DE 29—11—961

Declara de utilidade pública para fins de desapropriação, um terreno situado à rua Prediliano Pita, nesta Capital.

Pub. no Diário Oficial de 2—12—961
Rep. em 3 e 4—12—961

LEI N. 1.566 DE 30—11—961

Cria o município de Mortugaba, desmembrado do de Jacarací.

Pub. no Diário Oficial de 2—12—961

DECRETO N.º 18.237 DE 13—12—961

Regulamenta o Art. 4.º da Lei 1.560, de 28 de novembro de 1961.

Pub. no Diário Oficial de 14—12—961
Ret. em 24—1—962

LEI N.º 1.567 DE 1.º—12—961

Cria o Serviço Estadual de Assistência a Menores e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 5—12—961

DECRETO N.º 18.219 DE 2—12—961
Determina a instalação do têrmo de Medeiros Neto.

Pub. no Diário Oficial de 5—12—961

DECRETO N.º 18.234 DE 6—12—961

Determina a instalação do têrmo de Itanhem.

Pub. no Diário Oficial de 8—12—961

DECRETO N.º 18.235 DE 6—12—961

Determina a instalação do têrmo de Cansanção.

Pub. no Diário Oficial de 8—12—961

DECRETO N.º 18.236 DE 6—12—961

Determina a instalação do têrmo de Antas.

Pub. no Diário Oficial de 8—12—961

LEI N.º 1.572 DE 9—12—961

Altera a redação do artigo 8.º da Lei n.º 1.549, de 16 de novembro de 1961.

Pub. no Diário Oficial de 12—12—961

LEI N.º 1.573 DE 13—12—961

Regula a aplicação do artigo 108, I, B e do artigo 109, V, da Constituição Estadual.

Pub. no Diário Oficial de 14—12—961

DECRETO N.º 18.219—A DE 4—12—961

Fixa data para realização do plebiscito para efeito de criação do município de Candeal, desmembrado do de Riachão de Jacuípe.

Pub. no Diário Oficial de 14—12—961

DECRETO N.º 18.236—A DE 12—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Itinga da Serra, para efeito de emancipação e criação do município de Antônio Gonçalves, desmembrado do de Campo Formoso.

Pub. no Diário Oficial de 14—12—961

LEI N.º 1.574 DE 13—12—961

Lei de Normas Orçamentárias.

Pub. no Diário Oficial de 15—12—961

LEI N.º 1.576 DE 14—12—961

Cria o município de Santa Bárbara, desmembrado do de Feira de Santana.

Pub. no Diário Oficial de 15—12—961

DECRETO N.º 18.242 DE 14—12—961

Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma área de terra rural, sita no município de Candeias, dêste Estado.

Pub. no Diário Oficial de 4—1.º—962

LEI N.º 1.578 DE 15—12—961

Dispõe sôbre o fomento e a inspeção industrial e sanitária do leite e seus derivados e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

LEI N.º 1.579 DE 15—12—961

Cria o município de Aurelino Leal, desmembrado do de Itacaré.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

LEI N.º 1.582 DE 15—12—961

Reorganiza o Curso de Agronomia da Escola Agronômica da Bahia.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

DECRETO N.º 18.250 DE 15—12—961

Marca para o dia 18 do corrente mês a instalação do têrmo de Utinga.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

DECRETO N.º 18.251 DE 15—12—961

Marca para o dia 18 do corrente mês a instalação do têrmo de Itagibá.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

DECRETO N.º 18.252 DE 15—12—961

Marca para o dia 18 do corrente mês a instalação do têrmo de Encruzilhada.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

DECRETO N.º 18.253 DE 15—12—961

Marca para o dia 19 do corrente mês a instalação do têrmo de Itanhem.

Pub. no Diário Oficial de 16—12—961

DECRETO N.º 18.258 DE 15—12—961

Altera o Decreto 17.770 de 30—8—60, que dispõe sôbre a realização de Exposições de Pecuária.

Pub. no Diário Oficial de 19—12—961

DECRETO N.º 18.259 DE 18—12—961

Marca para o dia 20 do corrente mês a instalação do têrmo de Utinga.

Pub. no Diário Oficial de 19—12—961

DECRETO N.º 18.260 DE 18—12—961

Declara de utilidade pública, para fins de desapropriação, o prédio situado à Praça José de Alencar n.º 11, Pelourinho, nesta Capital.

Pub. no Diário Oficial de 20—12—961

DECRETO N.º 18.261 DE 18—12—961

Organiza a Superintendência de Água e Esgotos do Recôncavo (S.A.E.R.) e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 23—12—961

DECRETO N.º 18.262—A DE 18—12—961

Regula o n.º V do Art. 33 da Lei n.º 1.567, de 1.º de dezembro de 1961.

Pub. no Diário Oficial de 20—12—961
Rep. em 23—12—961

DECRETO N.º 18.262 DE 18—12—961

Retifica o Decreto n.º 18.005—A de 5 de maio do corrente ano que fixou a lotação numérica do Pessoal Extranumerário Mensalista da Secretaria da Agricultura, Indústria e Comércio.

Pub. no Diário Oficial de 21—12—961

DECRETO N.º 18.264-A DE 19—12—961

Considera sem efeito o Decreto n.º 18.252, de 15 do corrente mês.

Pub. no Diário Oficial de 21—12—961

DECRETO N.º 18.264-B DE 19—12—961

Marca para o dia 23 do corrente mês a instalação do têrmo de Encruzilhada.

Pub. no Diário Oficial de 21—12—961

DECRETO N.º 18.265 DE 20—12—961

Organiza o Departamento de Engenharia Sanitária do Estado da Bahia e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 21—12—961

DECRETO N.º 18.271 DE 22—12—961

Faz doação à Sociedade Beneficente da Fôrça Pública, nos têrmos da Lei 1.322, de 12-9-960, de uma área de terreno da propriedade do Estado, sita no lugar denominado São Lázaro, Subdistrito da Vitória, na zona urbana da Capital, com os limites e as dimensões indicadas na referida Lei e na respectiva planta tirada pelo Serviço do Patrimônio do Estado.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.272 DE 22—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Aiquara, para efeito de sua elevação à categoria de Município, desmembrado do de Jequié.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.273 DE 22—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distritos de Licínio de Almeida e Tuauape, para efeito da criação do município de Licínio de Almeida, desmembrado dos de Jacaraci e Urandí.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.274 DE 22—12—961

Fixa data para realização do plebiscito nos distritos de Várzea do Poço, Itapura e Tapi-

ranga, para efeito da criação do município de Várzea do Poço, desmembrado do de Miguel Calmon.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.275 DE 22—12—961

Fixa data para realização do plebiscito nos distrito de Catolèzinho e no povoado de São José da Colônia, para efeito da criação do município de Landulfo Alves, desmembrado do de Itambé.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.276 DE 22—12—961

Fixa data para realização do plebiscito nos distrito de Candiba, para efeito da criação do município de Candiba, desmembrado do de Guanambi.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

LEI N.º 1.588 DE 22—12—961

Cria o município de Jitaúna, desmembrado do de Jequié.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

LEI N.º 1.589 DE 22—12—961

Cria o município de Milagres, desmembrado do de Amargosa.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961
Ret. em 28—12—961

LEI N.º 1.590 DE 22—12—961

Cria o município de Formosa do Rio Preto, desmembrado do de Ibipetuba.

Pub. no Diário Oficial de 27—12—961

DECRETO N.º 18.266 DE 22—12—961

Autoriza a Telefones da Bahia S/A (TEBASA) a elevar as tarífas do serviço telefônico do município de Salvador e interurbano.

Pub. no Diário Oficial de 28—12—961

DECRETO N.º 18.277 DE 22—12—961

Extingue um cargo de Capitão de Navio do Quadro Permanente da V.B.S.F. e cria uma função de Capitão de Navio Extranumerário Mensalista, Ref. XXXV.

Pub. no Diário Oficial de 28—12—961
Rep. em 9—1.º—962

LEI N.º 1.592 DE 22—12—961

Doa um imóvel à Sociedade Auxiliadora e Beneficente da Guarda Civil do Estado da Bahia nas condições que estabelece e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 29—12—961

LEI N.º 1.593 DE 27—12—961

Autoriza o Govêrno do Estado a construir, na cidade de Itaparica, um prédio proprio para funcionamento do Forum.

Pub. no Diário Oficial de 29—12—961

LEI N.º 1.595 DE 27—12—961

Autoriza o Poder Executivo a fazer editar Revista Jurídica na Imprensa Oficial.

Pub. no Diário Oficial de 29—12—961

LEI N.º 1.599 DE 28—12—961

Fixa o efetivo da Polícia Militar do Estado para o ano de 1962 e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 30—12—961

LEI N.º 1.601 DE 28—12—961

Cria o município de Itapé, desmembrado do de Itabuna.

Pub. no Diário Oficial de 30—12—961

LEI N.º 1.603 DE 28—12—961

Dispõe sôbre ajuda financeira para reconstrução de obras e serviços destruídos ou danificados pelas enchentes, abre crédito especial que indica e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

Ret. em 3—1.º—962

LEI N.º 1.604 DE 28—12—961

Cria o município de Presidente Jânio Quadros, desmembrado do de Condeúba.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

LEI N.º 1.605 DE 28—12—961

Cria o município de Cordeiros, desmembrado do de Condeúba.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

LEI N.º 1.606 DE 28—12—961

Autoriza o Poder Executivo a conceder o auxílio de Cr$400.000,00 (quatrocentos mil cruzeiros) à Associação do Ministério Público do Estado da Bahia, para a realização do II Congresso Estadual do Ministério Público, e dá outras providências.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

LEI N.º 1.608 DE 28—12—961

Modifica o Artigo 4.º Capítulo III, da Lei n.º 529, de 20 de dezembro de 1952.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

DECRETO N.º 18.277-A DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Itagimirim, parte do distrito sede, no município de Itapebí e parte do distrito Gabiarra, do município de Santa Cruz Cabrália, para efeito de criação do município de Itagimirim.

Pub. no Diário Oficial de 6 e 7-1.º-962

DECRETO N.º 18.277-B DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Cajazeira e mais numa faixa do distrito sede, para efeito da criação do município de Dario Meira, desmembrado do de Boa Nova.

Pub. no Diário Oficial de 6 e 7-1.º-962

DECRETO N.º 18.277-C DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Catita e Peixe, para efeito da criação do município de Catita, desmembrado do de Remanso.

Pub. no Diário Oficial de 6 e 7-1.º-962

DECRETO N.º 18.277-D — DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito no distrito de Mascote, do município de Canavieiras, para efeito de emancipação do mesmo.

Pub. no Diário Oficial de 6 e 7-1.º-962

DECRETO N.º 18.277-E DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito nos distritos de Caldeirão Grande e Ponto Nôvo, para efeito da criação do município de Caldeirão Grande, desmembrado do de Saúde.

Pub. no Diário Oficial de 6 e 7-1.º-962

DECRETO N.º 18.277 DE 29—12—961

Fixa data para realização do plebiscito nos distritos de Tupim e Brejo Nôvo, para efeito da criação do município de Boa Vista de Tupim, desmembrado do de Itaberaba.

Pub. no Diário Oficial de 12—1.º—962

DECRETO N.º 18.278 DE 30—12—961

Art. 1.º — É prorrogada para o exercício de 1962 a Lei n.º 1.381, de 30 de dezembro de 1960.

Pub. no Diário Oficial de 31—12—961

DECRETO N.º 18.279 DE 30—12—961

Dispõe sôbre a instalação do Curso de Colégio no Ginásio Estadual Manoel Devoto.

Pub. no Diário Oficial de 3—1.º—962

INDICADOR FORENSE

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

1 9 6 2

TRIBUNAL PLENO

6as. feiras — (a 2.ª e a 4.ª do mês)

Des. ADALÍCIO Coêlho NOGUEIRA — Presidente
Des. ÁLVARO CLEMENTE de Oliveira
Des. Alfredo Luiz VIEIRA LIMA
Des. ANTONIO Abílio BENSABATH
Des. GILBERTO Lopes de ANDRADE
Des. AGENOR Velloso DANTAS
Des. José Gomes SANTOS CRUZ
Des. PLÍNIO Mariani GUERREIRO
Des. EDGARD SIMÕES
Des. Arthur SIMAS SARAIVA
Des. ADERBAL da Cunha GONÇALVES
Des. Antonio de OLIVEIRA MARTINS
Des. RENATO Rollemberg da Cruz MESQUITA
Des. GEMINIANO José da CONCEIÇÃO
Des. Wilton de OLIVEIRA E SOUSA
Des. NICOLAU CALMON de Bittencourt
Des. Francisco PONDÉ SOBRINHO
Des. Almir MIRABEAU COTIAS
Des. DÉCIO dos Santos SEABRA
Des. ALIBERT do Amaral BAPTISTA
Des. Adolfo LEITÃO GUERRA
Proc. Geral da Justiça: — Dr. JOSÉ Martins CATHARINO
Secretário: Bel. Nathercio de Alcântara Cardoso

1.ª CÂMARA CÍVEL

Sessões às 4as. feiras

Des. José Gomes SANTOS CRUZ
Des. PLÍNIO Mariani GUERREIRO
Des. DÉCIO dos Santos SEABRA
Des. Adolfo LEITÃO GUERRA

2.ª CÂMARA CÍVEL

Sessões às 3as. feiras

Des. ALVARO CLEMENTE de Oliveira
Des. AGENOR Velloso DANTAS
Des. Arthur SIMAS SARAIVA
Des. ALIBERT do Amaral BAPTISTA

3.ª CÂMARA CÍVEL

Sessões às 2as. feiras

Des. GILBERTO Lopes de ANDRADE
Des. GEMINIANO José da CONCEIÇÃO
Des. Wilton de OLIVEIRA E SOUSA
Des. Francisco PONDÉ SOBRINHO

1.ª CÂMARA CRIMINAL

Sessões às 2as. feiras

Des. Alfredo Luiz VIEIRA LIMA
Des. ADERBAL da Cunha GONÇALVES
Des. Antonio de OLIVEIRA MARTINS

2.ª CÂMARA CRIMINAL

Sessões às 5as. feiras

Des. ANTONIO Abílio BENSABATH
Des. EDGARD SIMÕES
Des. NICOLAU CALMON de Bittencourt

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Sessões às 5as. feiras

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Sessões às 6as. feiras (1.ª e 3.ª do mês)

De acôrdo com a Lei de Emergência n. 1.076, de 26 de janeiro de 1959, o Presidente das Câmaras Cíveis Reunidas é o Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Adalício Coêlho Nogueira, e o Presidente das Câmaras Criminais Isoladas e Reunidas é o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Renato Rollemberg da Cruz Mesquita.

CONSELHO DE JUSTIÇA

Sessões às 1as. 4as. feiras (14 horas)

Des. ADALÍCIO Coêlho NOGUEIRA — Presidente

Des. RENATO Rollemberg da Cruz MESQUITA — Vice-Presidente

Des. Almir MIRABEAU COTIAS — Corregedor

Proc. Geral da Justiça: — Dr. JOSÉ Martins CATHARINO

PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

1 9 6 2

PROF. JOSÉ MARTINS CATHARINO
Procurador Geral da Justiça

BEL. AMARÍLIO DE CARVALHO CAVALCANTE
1.° Sub-Procurador Geral da Justiça

BEL. JOSÉ LUIZ DE CARVALHO FILHO
2.° Sub-Procurador Geral da Justiça

BEL. ÁLVARO GONÇALVES NASCIMENTO
3.° Sub-Procurador Geral da Justiça

BEL. JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS
4.° Sub-Procurador Geral da Justiça

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

(Circunscrição da Bahia)

1 9 6 2

Presidente — Desembargador PLÍNIO MARIANI GUERREIRO

Vice-Pres. — Desembargador GILBERTO LOPES DE ANDRADE

Corregedor — Desembargador ANTÔNIO A. BENSABATH

Juiz — DR. ADHEMAR RAYMUNDO DA SILVA

Juiz — DR. ARNALDO DE ALMEIDA ALCÂNTARA

Jurista — DR. DURVAL TEIXEIRA DA ROCHA

Jurista — DR. JOÃO ALFREDO GUIMARÃES

Procurador Regional Eleitoral — DR. AMARÍLIO DE CARVALHO CAVALCANTE (interino)

Diretor Geral (em Comissão) — DR. LADISLAU NETTO.

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

ERRATA

Na pág. 99,

onde se lê

* o acórdão está a fls.

leia-se

* o acórdão dos embargos está a fls. 78.