



BAHIA FORENSE

V.42 ABR/OUT

1996

**BAHIA
FORENSE**

Legislação

Doutrina

Jurisprudência

ISSN 0102-3020

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DUPLICATA

BAHIA FORENSE

*Legislação
Doutrina
Jurisprudência*



Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 1/291	Abr./Out.96
------------	----------	-------	----------	-------------

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
— Des. ALOÍSIO BATISTA

SUPERINTENDENTE DO IPRAJ
— JOSÉ FERREIRA VIEIRA

T O M B O 010406

GERÊNCIA DE IMPRESSÃO E PUBLICAÇÕES
— REYNIVALDO Dantas Jacobina BRITO

Impressa e distribuída em outubro de 1996

BAHIA FORENSE: legislação, doutrina e jurisprudência —
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia/Gerência de Impres-
são e Publicações. — Ano I — N. 1 (1961). Salvador:
Gerência de Impressão e Publicações, 1996.
N. ;22cm irregular

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

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

CDD 340.05



Gerência de Impressão e Publicações
Estrada de Sussuarana, gl. 5, qd. D - Tels.: 372-1747 e 371-1751
Salvador — CEP 41213-000

CATÁLOGO 010427

INDICADOR FORENSE

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA

SETEMBRO DE 1996

Presidente:

Des. ALOÍSIO BATISTA

Vice-Presidente:

Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA

Corregedor Geral:

Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes

TRIBUNAL PLENO

(Sessões às 6^{as}-feiras — 2^a e 4^a do mês, às 8 horas)

Des. ALOÍSIO BATISTA — Presidente
Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA — Vice-Presidente
Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes — Corregedor
Des. GÉRSO PEREIRA dos Santos
Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves
Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva
Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO
Des. RUY Dias TRINDADE
Des. Edmilson JATAHY FONSECA
Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA
Des. Júlio BATISTA NEVES
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS
Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS
Des. José JUSTINO Pontes TELLES
Des. JOSÉ ALFREDO Neves da Rocha
Des. MOACYR PITTA LIMA
Des. CARLOS Alberto Dutra CINTRA
Des. WALTER Nogueira BRANDÃO
Des. AMADIZ da Silva BARRETO
Des. WANDERLIN BARBOSA
Des. GILBERTO de Freitas CARIBÉ
Des. EDUARDO JORGE Mendes de Magalhães

Desa. ACY Ferreira DIAS
Des. RAYMUNDO de Souza CARVALHO
Desa. MARIA ELEONORA Ribeiro CAJAHYBA

PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

Dr. FERNANDO STEIGER TOURINHO DE SÁ

CONSELHO DA MAGISTRATURA (Sessões às 2^{as}-feiras — 2^a e 4^a do mês, às 14 horas)

Des. ALOÍSIO BATISTA — Presidente
Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA — Vice-Presidente
Des. LUIZ PEDREIRA Fernandes — Corregedor Geral
Des. WALTER Nogueira BRANDÃO
Des. RAYMUNDO de Souza CARVALHO

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS (Sessões às 5^{as}-feiras — 2^a e 4^a do mês, às 14 horas)

Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA — Presidente
Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves
Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva
Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO
Des. Edmilson JATAHY FONSECA
Des. Júlio BATISTA NEVES
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS
Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS
Des. José JUSTINO Pontes TELLES
Des. CARLOS Alberto Dultra CINTRA
Des. AMADIZ da Silva BARRETO
Des. EDUARDO JORGE Mendes de Magalhães
Desa. ACY Ferreira DIAS
Des. RAYMUNDO de Souza CARVALHO
Desa. MARIA ELEONORA Ribeiro CAJAHYBA

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

Des. Edmilson JATAHY FONSECA
Des. CARLOS Alberto Dultra CINTRA — Presidente
Des. EDUARDO JORGE Mendes de Magalhães
Des. RAYMUNDO de Souza CARVALHO

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

Des. AMADIZ da Silva BARRETO

Desa. ACY Ferreira DIAS — Presidente
Desa. MARIA ELEONORA Ribeiro CAJAHYBA

3ª CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 4ªs-feiras, às 8h30min)

Des. MÁRIO Augusto ALBIANI Alves — Presidente
Des. Júlio BATISTA NEVES
Des. HÉLIO José NEVES DA ROCHA
Des. José JUSTINO Pontes TELLES

4ª CÂMARA CÍVEL
(Sessões às 4ªs-feiras, às 14 horas)

Des. DERMEVAL BELLUCCI da Silva
Des. PAULO Roberto Bastos FURTADO — Presidente
Des. AYRTON Oliveira de FREITAS
Desa. CELSINA Maria Moreira Pinto Gomes da Rocha REIS

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
(Sessões às 4ªs-feiras — 1ª e 3ª do mês, às 14 horas)

Des. ROBÉRIO Teixeira BRAGA — Presidente
Des. GÉRON PEREIRA dos Santos
Des. RUY Dias TRINDADE
Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA
Des. JOSÉ ALFREDO Neves da Rocha
Des. MOACYR PITTA LIMA
Des. WALTER Nogueira BRANDÃO
Des. WANDERLIN BARBOSA
Des. GILBERTO de Freitas CARIBÉ

1ª CÂMARA CRIMINAL
(Sessões às 3ªs-feiras, às 14 horas)

Des. RAYMUNDO Nonato Rodrigues VILELA
Des. JOSÉ ALFREDO Neves da Rocha
Des. MOACYR PITTA LIMA — Presidente
Des. WALTER Nogueira BRANDÃO

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Sessões às 5ªs-feiras, às 14 horas)

Des. GÉRON PEREIRA dos Santos — Presidente
Des. RUY Dias TRINDADE
Des. WANDERLIN BARBOSA
Des. GILBERTO de Freitas CARIBÉ

Citação editalícia. Dolo. Endereço conhecido. Vantagem obtida. Pretensão vitoriosa. Curador à lide. <i>Munus</i> mal desincumbido. Apatia. Prejuízo. Defesa cerceada (Câms. Cívs. Reuns.).....	56
— Ação anulatória de ato administrativo com reintegração de posse (1ª Câm. Cív.).....	59
— Ação cautelar inominada (1ª Câm. Cív.).....	61
— Ação de adjudicação compulsória. Sentença substitutiva da declaração de vontade (1ª Câm. Cív.)	63
— Ação de anulação de partilha. Carência de ação. Falta de interesse de agir. Extinção do processo (1ª Câm. Cív.)	67
— Ação de cobrança. Nulidades processuais. Inexistência. Prestação de serviços. Falecimento do locador. Descabimento em ação de cobrança (1ª Câm. Cív.)	70
— Ação ordinária de cobrança. Fatos alegados sem a correspondente produção de prova. Improcedência (1ª Câm. Cív.).....	71
— Ação reivindicatória. Pedido reconvenicional de usucapião. Inadmissibilidade (1ª Câm. Cív.)	73
— Aquisição de ações bancárias. Autorização. Processo de inventário e partilha (1ª Câm. Cív.)	74
— Ato administrativo demissional de servidor celetista. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, com recurso apelatório. Ofensa a preceito constitucional. Competência da justiça comum para declarar sua nulidade. Reintegração por força da mesma sentença e por superveniência de regime estatutário único (1ª Câm. Cív.).....	76
— Condenação em perdas e danos. Não-intervenção do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Improvimento (1ª Câm. Cív.)	78
— Direito a retenção por benfeitoria. Renúncia contratualmente expressa e inoportunidade processual de manifestação (1ª Câm. Cív.)	80
— Embargos à execução. Crédito rural sujeito a correção monetária. Expurgo indevido (1ª Câm. Cív.).....	81
— Embargos de declaração. Apelação cível impugnando sentença proferida em embargos à execução fiscal (1ª Câm. Cív.)	83
— Embargos de terceiro (1ª Câm. Cív.)	85
— Embargos do devedor à execução. Juros de mora reduzidos à taxa de 12% ao ano. Preceito constitucional dependente de regulamentação (1ª Câm. Cív.)	87
— Pedido de assistência judiciária gratuita (1ª Câm. Cív.)	88
— Pensão por morte do segurado em favor do cônjuge sobrevivente. Aplicação do disposto no art. 201, V, da Constituição Federal (1ª Câm. Cív.)	90

— <i>Reintegração de posse</i> . Intransmissibilidade por ato de quem não a exercia. Descabimento da exceção de domínio (1ª Câm. Cív.)	92
— <i>Ação de reintegração de posse</i> . Concessão de liminar. Ocupante de imóvel na qualidade de companheira de <i>de cujus</i> . Provimento do recurso (2ª Câm. Cív.)	94
— <i>Ação de reparação de danos proposta contra banco</i> . Prejuízos pela ação do gerente do estabelecimento ao cliente. Responsabilidade baseada na teoria do risco profissional. Agravo retido renunciado. Não-conhecimento. Confissão. Meio de prova. Mérito (2ª Câm. Cív.)	96
— <i>Alimentos</i> . Acordo extrajudicial entre cônjuges. Alteração somente através de ação de revisão. Julgamento <i>extra petitum</i> . Homologação (2ª Câm. Cív.)	100
— <i>Concessão de serviço público</i> . Fornecimento de água. Falta de pagamento. Corte. Inexistência de direito líquido e certo amparável por mandado de segurança (2ª Câm. Cív.)	102
— <i>Condomínio pro diviso</i> . Imóvel. Alienação de parte ideal (2ª Câm. Cív.)	103
— <i>Deserção</i> . Não-conhecimento (2ª Câm. Cív.)	106
— <i>Divórcio</i> . Separação de fato por 15 anos. Alegação de má conduta. Provas inclusivas. Concubinato intercorrente do autor. Pensão alimentícia (2ª Câm. Cív.)	108
— <i>Embargos de terceiro</i> . Execução fiscal. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Capital integralizado. Ausência de citação pessoal de sócio para a penhora dos seus bens pessoais. Nulidade. Recurso adesivo. Honorários advocatícios (2ª Câm. Cív.)	109
— <i>ISS</i> . Embargos à execução. Tempestividade. Serviços não incluídos na lista do Decreto-lei 406/68. Caracterização das atividades como fornecimento de mão-de-obra e locação de bens móveis. Idoneidade da prova pericial (2ª Câm. Cív.)	112
— <i>Locação residencial</i> . Acessões (plantações e construções). Oposição do locador. Indenização. Nenhum direito do locatário (2ª Câm. Cív.)	114
— <i>Manutenção de posse</i> . Desatendimento aos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. Posse fundamentada em domínio. Concessão da proteção possessória em favor do acionado (2ª Câm. Cív.)	115
— <i>Penhora</i> . Natureza jurídica. Propriedade do bem. Ações de sociedade anônima. Direito de propor ação de dissolução e liquidação (2ª Câm. Cív.)	119
— <i>Responsabilidade civil</i> . Acidente de veículos. Auto-ônibus atropelando motocicleta. Falta de habilitação do condutor desta e de	

prova de sua propriedade. Irrelevância. Comprova- ntes de despesas médico-hospitalares juntos depois da proposição da ação, mas antes da citação. Possibilidade. Culpa comprovada. Obrigação de indenizar (2ª Câmara. Cív.)	120
— <i>Responsabilidade civil</i> . Concessionária de energia elétrica. Transformador com a caixa aberta e expondo pessoas aos riscos de eletrocussão. Culpa. Obrigação de indenizar. Honorários de advogado. Triunfante em gozo de assistência judiciária. Prevalência do art. 20, § 3º do Código de Processo Civil (2ª Câmara. Cív.)	123
— <i>Ação de alimentos</i> (3ª Câmara. Cív.)	125
— <i>Ação de execução</i> . Inconstitucionalidade da imposição de sanção privativa de liberdade em face da interpretação literal e restritiva do texto constitucional. Improvimento do agravo (3ª Câmara. Cív.)	127
— <i>Ação de imissão de posse</i> . Inexistência de título registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Improvimento do recurso (3ª Câmara. Cív.) ..	129
— <i>Ação de reparação de dano</i> . Caráter indenizatório. Liquidação por arbitramento. Improvimento (3ª Câmara. Cív.)	130
— <i>Ação de reparação de danos</i> (3ª Câmara. Cív.)	132
— <i>Ação de reparação de danos</i> (3ª Câmara. Cív.)	134
— <i>Ação de reparação de danos</i> . Eletrocussão. Responsabilidade objetiva (3ª Câmara. Cív.)	138
— <i>Ação de rito sumaríssimo</i> (3ª Câmara. Cív.)	141
— <i>Ação demolitória cumulada com reparação de danos</i> . Intimação a empresa na pessoa que recebeu a citação inicial. Inequívoco acesso ao laudo. Documento particular. Prova de valor relativo. Multa que se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão (3ª Câmara. Cív.) .	142
— <i>Ação ordinária de cobrança</i> . Inexistência de vícios no ato citatório. Recurso improvido (3ª Câmara. Cív.)	146
— <i>Ação ordinária de revisão de pensão</i> . Pensionista de servidor público falecido (3ª Câmara. Cív.)	148
— <i>Ação possessória</i> . Interdito proibitório (3ª Câmara. Cív.)	150
— <i>Direito tributário</i> . ICM. Crédito excedente pago em outro estado da federação (Pernambuco) (3ª Câmara. Cív.)	152
— <i>Embargos à execução de sentença</i> . Nulidade. Inocorrência. Correção de cálculos. Recurso improvido (3ª Câmara. Cív.)	154
— <i>Exceção de incompetência</i> (3ª Câmara. Cív.)	156
— <i>Gratuidade</i> . Assunção das despesas pelo agravante (3ª Câmara. Cív.)	158
— <i>Ação de cobrança de crédito tributário</i> . Prescrição e decadência (4ª Câmara. Cív.)	159
— <i>Ação de indenização</i> (4ª Câmara. Cív.)	162
— <i>Ação de preceito cominatório</i> . Proibição de comercialização de programa de computador desenvolvido por pessoa contratada e sua	

retirada de circulação. Liminar concedida. Livre arbítrio judicial para sua concessão (4ª Câ. Cív.)	164
— <i>Ação de reintegração de posse</i> . Liminar. Indeferimento pelo juiz <i>a quo</i> . Livre convencimento judicial (4ª Câ. Cív.)	166
— <i>Concordata preventiva</i> (4ª Câ. Cív.)	167
— <i>ICMS</i> . Apelação cível. Mandado de segurança. Exigência do pagamento do débito com correção monetária pela TRD. Descabimento. Prazo decadencial. Início da fluência. Parcelamento do pagamento em prestações. Renovação a cada ato. Atos de trato sucessivo. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar rejeitada (4ª Câ. Cív.)	169

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

— <i>Queixa-crime contra vereador municipal</i> . Juízo singular (Câms. Crims. Reuns.)	173
— <i>Desobediência</i> . Ordem judicial. Liminar. Interdito proibitório. Sanção civil. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câ. Crim.)	174
— <i>Excesso prazal</i> . Alegações finais. Defesa. Procrastinação. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câ. Crim.)	176
— <i>Homicídio</i> . Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Conjunto probatório. Concurso. Absolvição. Pena aplicada aos demais acusados. Apelação criminal. Novo julgamento. Provimento parcial (1ª Câ. Crim.)	178
— <i>Homicídio</i> . Legítima defesa própria. Inexistência (1ª Câ. Crim.)	180
— <i>Homicídio qualificado</i> . Flagrante. Denúncia. Excesso de prazo. Crime hediondo. Liberdade provisória. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câ. Crim.)	181
— <i>Homicídio simples</i> . Absolvição do réu. Legítima defesa própria (1ª Câ. Crim.)	184
— <i>Liberdade provisória</i> . Crime hediondo. Homicídio qualificado. Flagrante. Desnecessariedade da preventiva. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câ. Crim.)	185
— <i>Narcotráfico</i> . Decreto de prisão preventiva. <i>Habeas-corpus</i> liberatório (1ª Câ. Crim.)	187
— <i>Prisão preventiva</i> . Desfundamentação. Autoria. Prova. Necessariedade. <i>Habeas-corpus</i> . Indeferimento (1ª Câ. Crim.) ..	187
— <i>Processo judicial de regressão de regime</i> . Nulidade (1ª Câ. Crim.)	189
— <i>Recurso de habeas-corpus</i> . Improvimento (1ª Câ. Crim.)	189
— <i>Regressão de regime do semi-aberto para o fechado</i> . <i>Habeas-corpus</i> (1ª Câ. Crim.)	190

— <i>Roubo</i> . Insuficiência de provas. Consumação. Improvimento (1ª Câ. Crim.)	192
— <i>Tentativa de homicídio</i> . Absolvição pelo Tribunal do Júri. Apelação. Preliminar rejeitada (1ª Câ. Crim.)	193
— <i>Tentativa de homicídio</i> . Desclassificação. Legítima defesa putativa. Excesso. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Apelos simultâneos. Improvimento. Não-conhecimento. Extinção da punibilidade. Prescrição (1ª Câ. Crim.)	194
— <i>Tráfico de maconha</i> . Trancamento da ação penal (1ª Câ. Crim.)...	196
— <i>Trancamento da ação penal</i> . Matéria discutível e de alta indagação. Indeferimento (1ª Câ. Crim.)	197
— <i>Constrangimento ilegal</i> . Crime praticado por militar em trajes civis (2ª Câ. Crim.)	198
— <i>Formação de quadrilha</i> . Caracterização. Condenação <i>extra petita</i> (2ª Câ. Crim.)	200
— <i>Homicídio</i> . Co-autoria. Decisão contrária à prova dos autos (2ª Câ. Crim.)	203
— <i>Homicídio</i> . Relação de causalidade. Pronúncia. Fungibilidade dos recursos (2ª Câ. Crim.)	204
— <i>Inquérito policial militar</i> . Arquivamento. Recurso <i>stricto sensu</i> (2ª Câ. Crim.)	206
— <i>Júri</i> . Recurso em sentido estrito. Desclassificação do crime de homicídio sob a forma tentada para a sua modalidade simples. Provimento do recurso ministerial (2ª Câ. Crim.)	208
— <i>Liberdade provisória</i> . Concessão. Inaplicabilidade do art. 574, I, do Código de Processo Penal (2ª Câ. Crim.)	209
— <i>Livramento condicional</i> . Requisitos (2ª Câ. Crim.)	210
— <i>Prisão preventiva</i> . Desfundamentação (2ª Câ. Crim.)	212
— <i>Roubo em co-autoria</i> . Sentença condenatória (2ª Câ. Crim.)...	213
— <i>Trancamento de ação penal</i> . Paciente vereador. Inviolabilidade. Inteligência do art. 29, VI, da Constituição Federal (2ª Câ. Crim.)	214

SENTENÇA

— <i>Absolvição sumária</i> . LAURA SCALLDAFERRI PESSOA DE CAMPOS	219
— <i>Ação de reintegração de posse</i> . VALDECÍRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO	223
— <i>Ação de reintegração de posse</i> . VALDECÍRIO DE OLIVEIRA CARNEIRO	226
— <i>Furto qualificado</i> . JUVINO HENRIQUE SOUZA BRITO	228

— <i>Incidente de execução</i> . WOLNEY DE AZEVEDO PERRUCHO JÚNIOR	233
— <i>Interdito proibitório</i> . RAYMUNDO DE SOUZA CARVALHO	236
— <i>Pedido de nulidade de título de crédito</i> . IRANY FRANCISCO DE ALMEIDA	241
— <i>Tráfico de entorpecente</i> . MÁRIO AUGUSTO ALBIANI ALVES JR.	246

NOTICIÁRIO

— Presidente dá posse ao primeiro escalão do TJ	257
— Gérson Pereira toma posse na diretoria da EPAM	258
— Quadro da magistratura necessita de ampliação	258
— Aloísio Batista dá posse a membros do Conselho Administrativo do IPRAJ.	259
— Anexo do Fórum será recuperado	259
— Instituído o Grupo de Correição Itinerante	260
— Juizados Criminais são mais um passo para a despenalização	261
— Correições realizadas também na Capital	262
— IV Congresso Estadual dos Magistrados	262
— Corregedoria baixa normas sobre pessoal de cartórios	265
— Alterado o padrão gráfico dos selos de autenticação	265
— Corregedoria disciplina quadro de voluntários do Juizado de Menores	266
— Sindicâncias abertas no interior do estado	266
— TJ reconduz Amadiz Barreto para mais dois anos no TRE	267
— Decreto determina cobrança das novas custas forenses	267
— Alienação das casas de juízes foi referendada pelo Pleno	269
— Judiciário recadastra seus servidores	270
— Sobradinho inaugurou o Fórum Aloísio Batista	270
— Presidente do Tribunal entrega projetos de minirreforma na AL	271
— Presidente do TJ é condecorado com Medalha do Mérito Policial ..	272
— Convênio com a Fapex foi extinto pelo IPRAJ	272
— Vara Criminal Pró-infância é esperada com mobilização	272
— TJ moderniza serviços e facilita atendimento	273
— Melhorar nível de conciliação é meta dos Juizados Especiais	274
— Judiciário será integrado ao SAC	275

DOCTRINA

A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO INTERNACIONAL DA ATUALIDADE. TRATADOS INTERNACIONAIS RELEVANTES

DULCE CALMON B. P. ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1. Direitos humanos: a) Declaração de Virgínia; b) Declaração Francesa. 2. Direitos humanos: 1ª Geração e 2ª Geração — Indivíduo; 3ª Geração e 4ª Geração — Grupos humanos. 3. Tratados avulsos anteriores — ONU — 1945. 4. Carta de São Francisco — 1945. 5. Assembleia Geral de 10 de dezembro de 1948: Declaração Universal dos Direitos do Homem. 6. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 7. Convenção Americana sobre Direitos Humanos: a) Comissão Interamericana de Direitos Humanos; b) Corte Interamericana de Direitos Humanos. 8. Pactos internacionais sobre direitos humanos: a) Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio — 11.12.1948; b) Convenção sobre Asilo Diplomático — 28.3.1954; c) Convenção sobre Asilo Territorial — 28.3.1954; d) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais — 3.1.1976; e) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos — 23.3.1976. 9. Carta Africana dos Direitos do Homem e

dos Povos — 28.6.1981. 10. Outros tratados e convenções: a) A IV Convenção de Genebra — 12.8.1949; b) Os Protocolos Adicionais — 1977. 11. Comitê Internacional da Cruz Vermelha — CICV —, fundada em 1863: a) Tratado entre CICV e Argentina — 11.10.1978; b) Tratado entre CICV e Colômbia — 15.6.1981; c) Tratado entre CICV e El Salvador — 2.1.1981; d) Tratado entre CICV e Costa Rica — 18.1.1985; e) Tratado entre CICV e Chile — 7.3.1986. 12. UNICEF. 13. Distinção entre Direitos Humanos e Direito Humanitário.

O valor atribuído à pessoa humana constitui o fundamento dos direitos humanos.

Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são conhecidos como direitos humanos de primeira geração, baseando-se numa demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada num contratualismo individualista. São vistos como direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais.

* Promotora. Doutoranda de Direito Internacional na USP.

Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 15/46	Abr./Out.96
------------	----------	-------	----------	-------------

Nota-se que, no decorrer do liberalismo, o individualismo se completou pelo reconhecimento dos direitos individuais exercidos coletivamente.

Os direitos individuais exercidos coletivamente incorporaram-se, durante o século XIX, à doutrina liberal, reconhecendo a liberdade ao instituir e adotar o controle do todo político-econômico-social pelos governados.

Os direitos conhecidos por direitos de segunda geração são os que dizem respeito ao crédito do indivíduo em relação à coletividade. São: direito ao trabalho, à saúde, à educação e têm como sujeito passivo o Estado, porque foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los.

O titular desse direito continua sendo o homem na sua individualidade. Daí, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser vistos como direitos que transformam os direitos formais em reais, garantindo a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.

Os direitos de terceira geração apontam como seu titular não o indivíduo na sua singularidade, mas grupos humanos como a família, a nação, o povo, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade. É o caso da autodeterminação dos povos, tão bem expressa na Carta das Nações Unidas, nos seus art. 1º, § 2º, e art. 55.

O direito à autodeterminação dos povos foi consagrado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos. É juridicamente concebido como um direito de titularidade coletiva, inserindo-se como

um direito cogente — *jus cogens* — no plano internacional.

No âmbito dos direitos de titularidade coletiva é necessário assinalar: o *direito ao desenvolvimento*, bem reivindicado pelos países subdesenvolvidos nas negociações no setor Norte/Sul, sobre uma nova ordem econômica internacional; o *direito à paz*, pleiteado nas discussões sobre desarmamento; o *direito do meio ambiente*, sempre focado nos debates ecológicos, e o *reconhecimento dos fundos oceânicos*, como patrimônio comum da humanidade a ser administrado por uma autoridade internacional, sempre em benefício da humanidade em geral.

Os direitos do homem de primeira ou de segunda geração têm uma titularidade inequívoca — o indivíduo. Já os de terceira e quarta gerações trazem como titular desses direitos a coletividade.

O homem possui certos direitos que são primordiais, pois são direitos inerentes à personalidade humana. Todos os direitos são reconhecidos pelo Direito Internacional Público, tendo a Carta das Nações Unidas insistido na existência de direitos e liberdades fundamentais do ser humano. A Carta não os definiu e sim a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, em resolução adotada em 1929, o Instituto de Direito Internacional declarava ser dever de todo o Estado o reconhecimento a todo indivíduo do mesmo direito à vida, à liberdade e à propriedade e sua respectiva proteção.

A Carta das Nações Unidas, apesar de conter várias cláusulas que se referem aos direitos humanos, não define esses direitos nem os garante compulsoriamente. O Conselho de Segurança tem atribuições mais amplas no que se

refere à paz e à segurança internacionais, não podendo, entretanto, garanti-los, em razão de não possuir jurisdição nessa matéria.

As disposições contidas na Carta das Nações Unidas não constituem mera declaração de princípios. Elas impõem aos Estados-membros das Nações Unidas o dever de respeitar e de as observar, porém se constata que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral a 10 de dezembro de 1948, não tem por si só força jurídica.

Primeiramente, surgiu na Conferência de Chapultepec, realizada no México em 1945, a necessidade de garantir os direitos humanos, a qual adotou uma resolução, visando proclamar a proteção internacional dos direitos essenciais do homem.

Em seguida, no ano de 1948, a 9ª Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, aprovou uma declaração constante de 38 artigos no sentido da proteção dos direitos humanos. Essa declaração abrange os direitos e os deveres do homem e precedeu a das Nações Unidas.

Entre os primordiais, podemos dividi-los em: liberdade individual; salvaguarda da saúde e da vida; proteção dos frutos do trabalho intelectual e industrial; garantia de condições de trabalho equitativas e humanas e proteção de minorias. Entretanto, representa apenas uma manifestação de princípios, tendo como fundamentos os atributos da pessoa humana.

Além dos direitos primordiais, goza o homem direitos chamados contingentes, os quais variam segundo a legislação interna de cada Estado.

A liberdade individual é garantida

pelo direito internacional, que protege a pessoa humana com os direitos que lhe são inerentes, e esta proteção está proclamada no art. 1º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A liberdade individual da pessoa humana tem-se manifestado nas medidas contra a escravidão e o tráfico de escravos e de mulheres.

A condenação internacional do tráfico foi feita pela primeira vez no Congresso de Viena por uma declaração de princípios datada de 8 de fevereiro de 1815, tendo constado depois de um artigo adicional ao Tratado de Paris de 20 de novembro do mesmo ano e as declarações aprovadas nos congressos de Aquisgrand (Aix-la-Chapelle), de 1818, e de Verona, de 1822.

Em setembro de 1919, os Estados Unidos da América, a Bélgica, o Império Britânico, a França, a Itália, o Japão e Portugal concluíram uma convenção em Saint-Germain-en-Laye, firmando o compromisso de empregarem esforços no sentido de finalizar a escravidão e o tráfico de negros.

O Pacto da Liga das Nações também condenou o tráfico dos escravos, elaborando uma convenção em 25 de setembro de 1926.

Em Paris, a 18 de maio de 1904, foi assinado um acordo para repressão do tráfico de mulheres brancas e, em 4 de maio de 1910, também em Paris, outra convenção se fez valer. A Liga das Nações, em 30 de setembro de 1921, proficiou uma convenção internacional para repressão do tráfico de mulheres e crianças, assinada em Genebra, e muitas outras.

Várias medidas internacionais sobre repressão de drogas foram também

tomadas e inúmeras convenções associadas.

Também outros tantos tratados foram firmados com a finalidade de proteção à pessoa humana na sua liberdade individual, sua inviolabilidade e livre exercício de seu culto.

O tema referente à proteção dos direitos humanos no âmbito internacional não constituía preocupação, nem mesmo despertava qualquer tipo de preocupação por parte dos estados antes da fundação das Nações Unidas, no ano de 1945. Apenas alguns tratados avulsos cuidaram da proteção de algumas minorias.

Ao longo do século XIX, verificou-se que determinadas potências, preocupadas em razão da existência de certos tumultos internos que emergiam, usaram do termo *intervenção humanitária* para denominar as injunções militares que se fizeram acontecer, visando proteger a vida, a dignidade e o patrimônio e seus súditos.

A Carta de São Francisco foi o primeiro documento que transformou os direitos humanos em um dos axiomas da nova organização, dando-lhes uma posição constitucional no ordenamento do direito das gentes em 1945.

Em 1948, a Assembléia Geral proclamou, no dia 10 de dezembro, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esta Declaração serviu de suporte para as demais convenções existentes, pois trazia em seu corpo as normas substantivas referentes ao tema.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não compreende um tratado. Ela foi adotada como uma resolução da Assembléia Geral.

A Declaração de 1948, como visto, traz normas substantivas, não instituindo

do qualquer tipo de órgão internacional que tenha a natureza jurídica de órgão judiciário. Da mesma forma, tal Declaração não dá ao ser humano os meios para que lhe seja garantida a eficácia de seus princípios, dando-lhe meios concretos a intentar ação contra o procedimento estatal que venha a ofender ou ferir seus direitos.

Em primeira análise, de seu texto se constata referências aos direitos civis e políticos. Esses direitos, mais tarde, foram denominados de direitos humanos de "primeira geração".

Compreende-se aí o direito à vida, à liberdade e à segurança, condenando-se a servidão, a escravidão, a tortura e a aplicação de penas cruéis ou degradantes.

Reconhece-se sua personalidade jurídica e evidencia-se a presunção de inocência até que se prove culpado, assim como a livre circulação, a escolha de seu domicílio, a asilo quando perseguido por delito político, a uma nacionalidade, a liberdade de pensamento, convicção política, religiosa, de opinião e expressão etc....

Trata, ainda, a Declaração de 1948, dos direitos econômicos, sociais e culturais, enfocando o direito ao trabalho, à previdência social, à igualdade salarial por igual trabalho, à saúde, à educação, etc. São conhecidos como direitos humanos de segunda geração.

Os direitos humanos de terceira geração são os que abrangem o direito à paz, ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano.

Após a Declaração Universal de 1948, surgiram os Pactos das Nações Unidas, em 1966, sobre os direitos civis e políticos, econômicos e sociais, estes já com força jurídica convencional.

Assim, em 1950, a Europa comu-

nitária adotou sua Convenção sobre os direitos do homem, o mesmo acontecendo em 1969 no panorama pan-americano, quando a Convenção Americana sobre direitos humanos foi concluída em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

Esta Convenção foi firmada por 12 estados, entrando em vigor no dia 18 de julho de 1978, tendo ao final de 1988 o número de 18 repúblicas americanas por ratificação ou adesão.

A Corte Européia dos Direitos do Homem, sediada em Estrasburgo, cuida de aplicar a Convenção de 1950 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, garante vigência à Convenção de 1969.

A Convenção de São José tem como órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos estados pactuantes a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Ambas são compostas de 7 personalidades, atuando a Comissão como instância preliminar à jurisdição da Corte. É amplo seu poder para requisitar informações e formular recomendações aos governos dos estados pactuantes.

A Corte, outro órgão judiciário, não relata, nem propõe, nem recomenda. Profere sentenças que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis. Declara, na sua fundamentação, a ocorrência de violação de direito protegido pelo tratado e determina que tal direito seja de imediato restaurado, ordenando, se for necessário, o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Os estados americanos signatários

desta Convenção, aprovada na conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reafirmaram o propósito de consolidação de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, todo ele fundado no respeito dos direitos essenciais do homem e que esses direitos têm como fundamento os atributos da pessoa humana.

Esses princípios já foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu Capítulo I, enumera os Deveres dos Estados e Direitos Protegidos, assinalando, em particular, que: "Art. 2º — Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano". Não faz qualquer distinção, seja de sexo, idade, cor ou convicção religiosa.

No Capítulo II, art. 4º — Direito à vida — e no § 1º: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção — Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

O art. 5º fala do direito à integridade pessoal. É, inclusive, o aspecto penal da individualização da pena.

"§ 1º — Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral".

"§ 2º — Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano".

"§ 3º — A pena não pode passar da pessoa do delinqüente". O art. 6º da re-

ferida convenção trata da proibição da escravidão e da servidão:

“§ 1º — Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”.

Os órgãos componentes desta Convenção são: — a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido. A sentença da Corte deve ser fundamentada e será definitiva e inapelável.

Outros pactos internacionais sobre direitos humanos foram celebrados:

I — Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Foi assinada em 11 de dezembro de 1948.

II — Convenção sobre Asilo Diplomático. Assinada em Caracas (X Conferência Interamericana), em 28 de março de 1954.

III — Convenção sobre Asilo Territorial. Assinada em Caracas (X Conferência Interamericana), em 28 de março de 1954.

IV — Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro de 1966, tendo entrado em vigor a 3 de janeiro de 1966.

V — Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro 1966, entrando em vigor a 23 de março de 1976.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM

Os membros do Conselho da Europa que assinaram a referida Convenção reconheceram a necessidade de angariar meios para melhor proteção dos direitos econômicos e sociais, e de maior proteção à pessoa humana, procurando não só a proteção efetiva dos direitos fundamentais do homem, mas, também, o justo equilíbrio entre a defesa do interesse geral da comunidade e o respeito dos direitos fundamentais do homem, atribuindo-se valor muito particular a estes.

A Convenção não pretendeu abolar todos os direitos e liberdades fundamentais do homem, tampouco todos os proclamados na Declaração Universal, mas aqueles que se integravam no politicamente possível, de modo que aceitassem uma garantia internacional ao seu cumprimento e o conhecimento das violações por um Tribunal Europeu.

Em julho de 1949, o Movimento Europeu apresentou ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa o projeto da Convenção e em 6 de agosto de 1949 realizou-se a 1ª Reunião Preparatória do Comitê de Ministros, tendo lugar a 1ª Sessão da Assembléia Consultiva do Conselho da Europa para a preparação da Convenção em 17 de agosto desse ano.

A principal meta dessa reunião era a de não fixar nessa Convenção apenas uma declaração de princípios morais, mas de estabelecer uma convenção com caráter obrigatório, a fim de que se estabelecesse uma garantia coletiva de todos ou de alguns dos direitos e liberdades do homem e do cidadão.

Surge o anteprojeto da Convenção

em 15 de fevereiro de 1950 e, após várias outras reuniões de comitês de ministros, a Convenção foi assinada em Roma no dia 4 de novembro de 1950, tendo sido no seu art. 1º reconhecidos “direitos a todos os indivíduos sujeitos às altas Partes Contratantes”, isto é, não se criaram meras relações e obrigações entre Estados, mas direitos da pessoa em face do Estado com garantia internacional.

As Altas Partes visavam a proteção eficaz dos direitos fundamentais do homem, implicando um justo equilíbrio entre a salvaguarda do interesse geral da comunidade e o respeito dos direitos fundamentais do homem, na sua reação de dignidade da pessoa humana, repousando aí o fundamento das diversas categorias dos direitos do homem, tanto dos direitos civis e políticos, como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Convenção ficou aberta à assinatura dos Membros do Conselho da Europa e só a estes, tendo entrado em vigor em 3 de novembro de 1953 e tendo sido assinada por todos os Estados-membros do Conselho da Europa.

SISTEMA DA ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA

Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos — de 28 de junho de 1981.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, embasada na Carta da Organização da Unidade Africana, tinha como visão a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade, considerados objetivos essenciais para realização de legítimas aspirações dos povos africanos.

Reconhece também a necessidade

de proteção ao direito ao desenvolvimento, à indissociabilidade dos direitos civis e políticos aos direitos econômicos, sociais e culturais, tanto na sua concepção como na sua universalidade e que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.

A Carta Africana mantém a consciência ativa no dever de libertar totalmente a África, em razão de seus povos ainda continuarem a lutar pela sua verdadeira e total independência e pela sua dignidade tão vilipendiada, comprometendo-se em face da sua situação a eliminar o colonialismo, o neocolonialismo, o apartheid, o sionismo, as bases militares estrangeiras de agressão e quaisquer formas de discriminação, seja de raça, ética, cor, sexo, religião ou opinião pública.

Como medidas de garantia — art. 30 — criou-se uma Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, visando assegurar a respectiva proteção em África — art. 31.

Competência da Comissão — art. 45.

OUTROS TRATADOS E CONVENÇÕES

A IV Convenção de Genebra, de 12 de agosto 1949 e seus Protocolos Adicionais.

As regras gerais comuns à IV Convenção e aos Protocolos Adicionais dizem que:

A Convenção e os Protocolos são aplicáveis em quaisquer circunstâncias desde que exista conflito armado. Mas, em todos os casos de conflito armado não-internacional, os princípios de humanidade devem ser salvaguardados:

daí serem proibidos o homicídio, a tortura, os castigos corporais, as mutilações, os atentados à dignidade, a detenção de reféns, os castigos coletivos, as execuções sem julgamento regular, sendo proibidas as represálias contra as pessoas e bens que essa Convenção e Protocolos protegem, como os feridos, os doentes e os náufragos, o pessoal e os serviços de proteção civil, os prisioneiros de guerra, a população civil, os bens civis e culturais, o ambiente natural e as construções e instalações que contenham forças perigosas.

As Convenções de Genebra têm por base o respeito pelo ser humano e pela sua dignidade.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA

É o Comitê o órgão que tem a incumbência de diversas tarefas específicas na implementação do direito internacional humanitário e no processo da colocação em andamento da ação internacional humanitária. Constitui essa instituição o elemento fundador de todo o movimento da Cruz Vermelha, fundada em 1863, tendo sido inicialmente um organismo de beneficência privada, estabelecido em Genebra por cinco cidadãos suíços com a finalidade de dar corpo às generosas idéias de Henry Dunant.

O primeiro propósito do Comitê de Genebra limitava-se a desenvolver ativi-

dades a favor dos militantes feridos no campo de batalha.

As Convenções de Genebra agora vigentes (a de 1949 e os seus Protocolos Adicionais de 1977) reconhecem ao CICV uma série de competências, dentre as quais:

a) a de poder empreender atividades humanitárias em favor das vítimas, assim como os socorros para com elas;

b) a de poder atuar em favor dos prisioneiros de guerra e das pessoas protegidas pela IV Convenção;

c) a de visitar os prisioneiros de guerra e as pessoas civis internadas ou detidas;

d) a de tomar a iniciativa da Convenção e de participar da revisão periódica do Anexo I.

Atualmente o CICV (Comitê Internacional da Cruz Vermelha) é parte em 27 acordos bilaterais deste tipo. No continente latino-americano foram concluídos tratados entre o CICV e a Argentina, em 11 de outubro de 1978; com a Colômbia, em 15 de junho de 1981; com El Salvador, em 2 de janeiro de 1981; com a Costa Rica em 18 de janeiro de 1985 e, com o Chile, em 7 de março de 1986.

Convém destacar que atualmente 156 estados são partes nestas quatro Convenções, o que equivale à maior comunidade convencional de Estados, com exceção daquela constituída pelos Estados-partes na Carta das Nações Unidas.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ACCIOLY, Hildebrando. *Direito Internacional Público*. S. Paulo, Saraiva.
- 2 — LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 1. reimpr. S. Paulo, Editora Seluvana Ltda., 1991.
- 3 — RANGEL, Vicente Marotta. *Direito Relações Internacionais*. 2. ed. rev. e atual. S. Paulo.
- 4 — REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público — Curso Elementar*. Saraiva, 1989.
- 5 — SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário — Comitê Internacional da Cruz Vermelha - Instituto Interamericano de Direitos Humanos*. Brasília, Escopo Editora, 1988.
- 6 — SWINARSKI, Christophe. *Competência e Funções do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) como Órgão da Ação Internacional Humanitária*. Brasília, 1990.
- 7 — TRINDADE, Antonio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente — Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*. Sergio Antonio Cabús Editor, 1993.

DIREITO E PODER POLÍTICO. ESTADO E DIREITO — O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE —*

PAULO MODESTO**

SUMÁRIO: 1. O poder como processo/ produto do agir conjunto (Hannah Arendt). 2. Poder político e direito positivo: a — a decisão jurígena; b — a decisão interpretativa; c — a decisão integrativa; d — a decisão coercitiva; e — o direito como fator de estabilização do poder político. 3. O Estado como centro do poder jurídico-político/ O Direito sem centro: a — ambigüidade do Estado: aparelho de dominação/comunidade política; b — crise de legitimação do Estado moderno; b.1. — escassez crescente de consenso; b.2. — atuação de núcleos de poder concorrentes ou paralelos ao Estado (criptogoverno e subgoverno de Bobbio); b.3. — pluralismo de ordenamentos e luta pela democracia participativa. 4. O problema da legitimidade: a — legitimidade como qualidade positivamente valiosa do poder político (João Maurício Adeodato); b — legitimidade como qualidade formal da norma editada conforme a norma superior (Hans Kelsen);

c — legitimidade como qualidade empírica do poder equivalente à sua efetividade (Easton); d — legitimidade como qualidade do título do poder (Bobbio).

EXPOSIÇÃO

1. No senso comum teórico dos juristas, o poder não é incorporado como elemento básico do direito (Ferraz Jr.). É encarado como fato extrajurídico, "força", exterior ao direito positivo. Noutro sentido, é percebido como algo que se tem, algo que se perde, sendo identificado muitas vezes com a noção de competência. É comum ainda encobri-lo no conceito de instrumento, aparelho, sendo trivial falar em poder público nessa acepção.

A noção de poder como fato de força é particularmente importante no direito público. Aparece no conceito de poder constituinte como potência (Vanossi). No entanto, concluída a nomogênese (encarada aqui como momento, instante, não como processo, como seria mais realista), o poder é visto como algo perigoso, instabilizador, que

* Texto da prova escrita do concurso para professor auxiliar de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 13.09.93.

** Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Promotor de Justiça no Estado da Bahia. Mestrando em Direito Administrativo na PUC/SP.

se opõe à própria idéia de segurança jurídica.

Na investigação das demais ciências sociais, entretanto, o poder não é percebido como pura força, nem como algo que se possui individualmente, ou mero instrumento, mas, basicamente, como relação entre homens, domínio, controle (não-força), diálogo (ainda que desigual, heterológico) construído no espaço intersubjetivo da ação e da palavra (Hannah Arendt).

Existe poder ali onde a violência física é mínima, sendo, ao contrário, praticamente nulo o poder nas situações de violência máxima (o lutador que imobiliza pela violência o outro lutador também se imobiliza).

Ortega Y Gasset dizia muito bem: poder, no sentido de autoridade, é um tranqüilo sentar-se. Não é força, pois as baionetas não sufocam por muito tempo a reação do oprimido. O trono é uma metáfora do poder, não as armas. O poder, diz o filósofo, não é uma questão de punhos, mas de nádegas.

Na perspectiva marxista, da mesma forma, Gramsci dizia que o poder aparecia como domínio e como hegemonia.

O poder não dispensa a força, a violência; ela aparece permanentemente como ameaça ou alternativa entre alternativas, sendo empregada com função paradigmática em alguns, os reclusos, para acomodar os demais, a grande maioria. Michel Foucault demonstrou que a função da prisão é estigmatizar, marcar o recluso como paradigma para os demais.

O poder, no entanto, é mais sutil: controla sem parecer controlante, preserva aparentemente a liberdade de escolha do oprimido, condicionando,

porém, em grande medida, valores, vigências e a própria interação social.

Estas considerações iniciais não são ociosas. Sem elas não compreendemos a dinâmica do próprio poder político, que interfere sobre as pautas jurídicas permanentemente, não se limitando a interferência na nomogênese, nem se coisificando como instrumento jurídico ou órgão instituído, tampouco identificando-se com o Estado ou o poder do Estado.

O poder é sempre tentativa de antecipar — selecionar com antecipação — as escolhas, a conduta, a vida compartilhada do homem em sociedade. Mas, não só isso. As alternativas escolhidas aparecem sempre favoráveis às classes opressoras, desigualando, distinguindo valores e bens, encaminhando os dominados para agir em conjunto no sentido dos interesses da classe dominante.

A seleção de alternativas geralmente não é explícita. Recursos retóricos são empregados para iludir como aparentes conquistas. As palavras são permanentemente redefinidas. O direito alterado, esculpido muitas vezes para permanecer ineficaz (sendo, porém, eficaz ideologicamente por desenhar conquistas), amplia-se com a abstração das normas para fazer crer desnecessários novos direitos, outros direitos, acomodando reivindicações. “Faz parte do processo do jogo do direito”, denunciaria Eros Roberto Grau.

Enfim, compreendendo o poder como processo, relação contínua de controle sobre o homem em relação, domínio e hegemonia, violência física e violência simbólica, temos como determinar com maior rigor os modos pelos quais interfere com o direito. É o passo seguinte.

2. Em alguns momentos da praxis jurídica, a relação direito-poder político aparece mais evidente.

A relação é de mão-dupla: direito e poder político interferem-se reciprocamente.

Em quatro momentos, essa interferência é marcante, a saber:

- a — a decisão jurígena;
- b — a decisão interpretativa;
- c — a decisão integrativa;
- d — a decisão coercitiva.

A decisão jurígena, relativa à definição de novos direitos, não se limita à atuação do legislador instituído. O estabelecimento de pautas intersubjetivas de comportamento é também tarefa de operadores jurídicos mais próximos das relações concretas da vida coletiva: o juiz, o administrador, os sindicatos de empregadores e empregados nos acordos coletivos, a comunidade mesma interagindo na forma de costumes. No entanto, ainda que isso seja certo, o que reuniria em grande medida a classificação que fizemos nessa primeira categoria, vale o esforço de isolá-la e restringi-la ao estabelecimento das pautas mais gerais, à atuação mesma do legislador, para perceber, nesse plano macroscópico, também, a forma mais abrangente da interferência decisória do poder político sobre o direito.

Na dogmática jurídica, segundo Pierre Legendre, o legislador não tem caráter, não é partidário de interesses classistas, sobrevoa as disputas ideológicas e econômicas da sociedade civil com exemplar neutralidade, como simples instrumento de regulação jurídica.

Na verdade, o Estado neutro e imparcial é um mito. Mito incorporado nas relações de poder existentes. Não

que o Estado funcione permanentemente como comitê da classe dominante, pois o próprio Engels afirmava existirem momentos de relativo equilíbrio da atuação do Estado no conflito interclasse. Seria mais um reducionismo. O Estado, porém, historicamente situado, é sempre interessado na realização do projeto normativo da classe dominante.

A lei não se confunde com o direito. A lei é a positivação formal do projeto normativo da classe dominante, com grande potencial de eficácia regulativa, conseqüentemente.

A lei deixa de ser mera escritura, projeto normativo, estrutura de seleção de alternativas de conduta, apenas com a obediência passiva dos dominados ou a interferência decisória de segundo grau dos operadores jurídicos referidos.

A decisão jurígena, nesse sentido estrito, ainda aqui numa visão estatocêntrica também limitada, aparece com especificidade.

H. Arendt dizia que o homem comum não sabe que tudo em sociedade é possível. A classe dominante sabe, não por qualquer virtude especial, mas porque escolhe alternativas no universo sem conta do possível. Na decisão jurígena, o poder político tem a máxima expressão, porque máxima a liberdade do avaliar alternativas e selecioná-las, máximo o alcance.

Na decisão interpretativa, o poder também recebe expressão. Não apenas para percorrer os limites da moldura da norma, como até mesmo Kelsen admitiu, mas também na redefinição do seu uso pragmático, para não falar ainda na interpretação que declara nula a norma, veda seu uso, admitindo ou não uma lacuna axiológica.

A interpretação jurídica tanto pode explorar as contradições do sistema jurídico, no sentido emancipador, como pode reforçar em termos persuasivos a dominação classista.

Por debaixo das togas existem homens, dizia Roberto Lyra Filho. Homens situados no espaço e no tempo, com interesses de classe e formação cultural também especificada por uma formação social dada. Deles é possível esperar tanto a "interpretação desviante", estudada por Spota, quanto o reforço da dominação.

Se a luta no plano da decisão jurígena segue no sentido da "popularização legislativa" (iniciativa coletiva de projetos de lei, intervenção direta dos grupos populares organizados no processo legislativo), expressão empregada pelo professor José Geraldo Jr. no estudo *Para uma crítica da eficácia do direito*, no plano da decisão interpretativa as conquistas caminham para os instrumentos processuais de defesa dos interesses coletivos e indisponíveis e na formação de operadores jurídicos ao menos com condição de avaliar com menos passividade o discurso legislativo, e, conseqüentemente, com maior responsabilidade.

A decisão integrativa acompanha de perto a decisão interpretativa. Também aqui, por surpreendente que seja, Kelsen reconheceu como possível tanto a declaração pelo tribunal da existência da lacuna quanto a sua integração. Não que Kelsen acredite em lacunas. Pelo contrário, todos conhecemos o seu princípio da hermética completude do ordenamento — tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido —, que Cossio ontologizou, evitando a tautologia ló-

gica. Mas, na prática, o fato da conduta poder ser qualificada juridicamente não impede que o tribunal declare essa qualificação inadequada (recorde-se a lição de Engisch). Nesse sentido, a expressão do poder político na decisão é mais ampla do que no caso anterior, embora sempre dentro dos marcos da ordem estabelecida.

Na decisão coercitiva, por paradoxal que pareça, a interferência do poder político é mínima, embora graves as conseqüências. A liberdade decisória do operador jurídico é restrita, tendo entretanto grande repercussão ideológica — não sobre o condenado, o recluso, excluído da sociedade, mas sobretudo sobre os sujeitos sob controle livre.

Nessa parte cabe abrir um parêntese para referir os dois sentidos básicos da palavra controle na dogmática jurídica, expostos com lucidez por Fabio Konder Comparato no livro *O poder de controle na sociedade anônima*. Para as leis e para os juristas, segundo Comparato, controle tanto pode significar regulação (sentido fraco) como domínio (sentido forte).

Nos quatro instantes da praxis jurídica referidos, porém, podemos perceber como o domínio veste a roupa da regulação. O legislador sem caráter, de Legendre, o juiz imparcial, o administrador cumpridor da lei procuram permanentemente aparecer como agentes regulativos.

Essa atuação "regulativa" é efetivamente um fator de estabilização das relações de poder e conservação de uma estrutura social global. Acomoda conflitos, não os resolvendo, mas os institucionalizando, motivando ainda mais a obediência, adaptando e corrigindo disfuncionalidades pontuais do

sistema normativo, contribuindo para que o projeto normativo posto seja efetivo direito e pauta de referência intersubjetiva incorporada à conduta compartilhada dos dominados.

O sistema jurídico dominante, também dito "sistema do asfalto" na terminologia da Boaventura Santos, aparece assim não apenas como sistema de prescrições mas também como sistema de atuações ou aparelhos de dominação e hegemonia.

3. Esses dois sentidos da palavra controle interferem também na própria identificação social do que seja Estado.

Machado Neto estudou a evolução das sociedades primitivas no sentido da organização política que denominamos Estado.

Na transição de um para outro estágio, identificou diversas modificações na instância jurídica, a saber:

a — progressiva centralização da função jurisdicional (proibição da vingança privada) e legislativa (abandono gradual do direito costumeiro pelo direito escrito legislado);

b — progressiva distinção entre direito público e privado;

c — identificação do direito público como direito do poder;

d — progressiva diferenciação entre normas jurídicas e as demais normas sociais.

Miaille explica excelentemente as razões dessas transformações. Michel Miaille concebe fonte jurídica como o "modo de produção jurídico", esclarecendo que a forma (direito costumeiro/legislado) e o conteúdo (direito feudal/capitalista) são inseparáveis. A progressiva centralização, a distinção público/privado, a distinção jurídico/moral, referidos de forma precisa por Ma-

chado Neto, para Miaille têm sentido apenas como consequência da ascensão da burguesia ao poder político. A centralização permitiria a "segurança jurídica" necessária ao desenvolvimento das trocas mercantis e, conseqüentemente, do comércio. A distinção direito público/privado permite positivizar o ideário de igualdade-formal e liberdade-garantia que, por um lado, permite a livre exploração econômica da nascente classe operária e, por outro, acomoda momentaneamente as suas reivindicações políticas consideradas instabilizadoras. A progressiva identificação do direito público como direito do poder e a diferenciação do direito escrito das demais normas sociais, por sua vez, intentam a um só tempo transferir a definição das pautas de convivência da sociedade para o Estado e negar validade a outras propostas de normatividade que habitem em concorrência ou em paralelismo à formação social.

O Estado assim formado instrumentalizou o projeto normativo da burguesia ascendente. A exploração econômica ganhou dimensão dramática. A industrialização ampliou o grau de dependência recíproca entre os homens, isolando-os em compartimentos do processo produtivo, sem fruição direta dos bens, que dificilmente tinham acesso. O Estado era o Estado-Polícia, Estado-Mínimo, dedicado a assistir passivamente à exploração furiosa do capitalismo nascente. O poder, porém, como vimos, enfraquece com a violência direta. Os movimentos operários surgem, reivindicações de melhores condições de trabalho vão progressivamente conquistando adesões na massa operária. O Estado passa a intervir na economia, disciplinar em certa medida as relações

de trabalho, mudando para permanecer o mesmo na defesa dos interesses classistas dominantes.

A centralização do espaço político nos domínios do Estado e a identificação do direito público como direito do poder, antes projetos normativos do que realidade efetiva, permitiram ao Estado engendrar uma aparente ambigüidade: por um lado, simbolizava a comunidade política, o espaço onde os homens convergiam o seu projeto de agir conjunto, o lugar da palavra e da ação pública; por outro lado, não conseguindo disfarçar a sua face repressiva, aparecia como aparelho burocrático, instância ao mesmo tempo de dominação e regulação.

Essa face ambígua do Estado, favorável em grande medida à conquista da adesão dos dominados, progressivamente (advérbio inevitável no devir histórico) perde operatividade.

A coletivização dos conflitos, de que nos fala insistentemente José Eduardo Faria, dificilmente encontra resposta no aparelho burocrático do Estado pensado e estruturado nos moldes individualistas do liberalismo. A formação de grupos organizados no interior da sociedade civil com expressão cada vez maior (sindicatos, associações de moradores, grupos eclesiais de base, centrais sindicais, etc.), inclusive atuando na arena jurídica institucional (conferir os casos relatados por Joaquim Falcão e outros na coletânea publicada sobre invasões de terra na cidade do Recife), provoca uma autêntica crise de legitimação no Estado brasileiro. Na sociedade contemporânea, com efeito, há escassez crescente de consenso, no sentido de que é cada vez menor o grau de adesão da comunidade às regras

emanadas do aparelho estatal e cada vez mais expressiva a elaboração da normatividade supralegal, concorrente ou paralela, dos grupos sociais situados à margem do sistema político e produtivo.

A normatividade alternativa, porém, ao contrário do que ingenuamente acreditamos, não se limita ao "poder dual" estabelecido pelo "direito de Pasárgada", para usar a terminologia poética de Boaventura Santos. Existe também a normatividade alternativa do criptogoverno e subgoverno, estudada com argúcia por Norberto Bobbio, em face do Estado italiano, especialmente enfocando o poder das corporações, dos regulamentos privativos das multinacionais e o poder terrorista da máfia. No Brasil, não faltou quem apontasse "dualidade de poderes" na relação entre o governo legal do ex-presidente Collor de Mello e o criptogoverno do seu contador de campanha.

A crise de legitimação presente, que neste País diversas vezes vem acompanhada do conceito de ingovernabilidade, produziu uma tal resistência e ineficácia das leis do Estado que não parece descabido falar em anomia (conferir o conceito em José Geraldo Jr., *Para uma crítica da eficácia do direito*).

A luta pela participação direta da população no processo político, em todos os instantes em que ele tem expressão, e não apenas no momento constituinte e eleitoral, aparece como projeto viável da democracia participativa.

As classes excluídas têm encontrado formas diferentes de vivenciar a própria exclusão (José Geraldo Jr.). Os movimentos pelo direito de moradia são exemplos conhecidos, que se caracterizam por apresentar três ingredientes:

lesão ao direito, resistência pacífica dos lesados, reação violenta do Estado. A luta entre o direito de Pasárgada e o direito do asfalto, pelo respeito aos direitos humanos e aos direitos dos excluídos, confluindo para a luta pela democracia participativa, amplia ainda mais a crise de legitimação do Estado Moderno.

Mas, a qual legitimidade nos referimos?

A resposta deve ser ensaiada na quarta e última parte da exposição.

4. Legitimidade é um signo de muitos sentidos. Sobre o tema, há vasta literatura. No Brasil, destacamos as monografias de José Eduardo Faria e João Maurício Adeodato. Em ambos, o tema e, especificamente, o conceito de legitimidade recebem tratamento valorativo ou axiológico. Há outros enfoques sobre a legitimidade: a redução formalista de Hans Kelsen e a redução empirista de Easton e de grande parte dos funcionalistas, em especial Luhmann.

Em rápido esquema, podemos ter um panorama desses enfoques sobre o conceito de legitimidade:

a — a legitimidade como qualidade positivamente valiosa do poder político (João Maurício Adeodato);

b — a legitimidade como qualidade formal da norma editada em conformidade com a norma superior (Hans Kelsen);

c — a legitimidade como qualidade empírica do poder equivalente à sua efetividade (Easton);

d — a legitimidade como qualidade do título do poder (Bobbio).

Por razões didáticas, parece bem iniciar uma crítica das posições arroladas, partindo da última e caminhando

na ordem inversa à ordem alfabética do esquema.

Bobbio distingue legitimidade e legalidade.

Legitimidade diz respeito ao título do poder, atina com a justificação dos fundamentos do mando, não referindo qualidade do exercício do poder. O título do poder pode receber justificação nas formas estudadas por Max Weber: legitimação tradicional (mediante apelo à tradição), legitimação carismática (mediante apelo às qualidades pessoais do governante e sua capacidade de conquistar a adesão dos dominados com essas qualidades), legitimação legal-racional (mediante apelo às virtualidades estabilizadoras, técnicas, precisas do aparato burocrático do Estado).

Para qualificar o exercício do poder, emprega Bobbio o conceito de legalidade.

Na dinâmica jurídica teremos, assim, exercício legal ou ilegal do poder do Estado, não legítimo ou ilegítimo, pois a legitimidade aparece destinada a qualificar tão-somente o título do poder.

A definição de Bobbio não contenta. É verdade que esclarece uma primeira aplicação do conceito de legitimidade (qualificação do título do poder), precisando além disso de forma didática duas dimensões imbricadas no problema da legitimidade (título/exercício). Mas, reduz demasiado as possibilidades de avaliação do jurídico, restringindo-as apenas ao ângulo sintático da concordância ou conformidade legal. É uma teorização limitada.

A distinção de Easton, por sua vez, merece crítica direta. A identificação do problema da legitimidade com o da efetividade do poder político é, antes

de resolver, uma tentativa de suprimir o problema. O conceito de legitimidade é empregado tradicionalmente para avaliar o grau potencial de efetivação ou resistência às normas editadas pelo poder dominante, mas como critério e não como inferência empírica.

No conceito de legitimidade de Jogen Habermas, isso fica evidente. Diz esse eminente pensador: "Legítimo é o ordenamento digno de ser obedecido". Não é a obediência, portanto, índice para explicar a legitimidade, mas o contrário.

A definição de Hans Kelsen não merece melhor sorte. Identifica legitimidade e legalidade, empobrecendo a avaliação jurídica a termos meramente sintáticos de concordância entre normas. No entanto, as normas referem algo, mediante uma valoração. A adequação da referência do objeto normado à realidade (conduta compartilhada) e aos valores prevalentes no entendimento societário termina sem tematização ou critério de avaliação de qualquer espécie.

Na última posição, temos a solução em termos mais largos. A questão

guarda sua especificidade: assume contornos valorativos. Alcança tanto o título do poder como o seu exercício, momentos em verdade inseparáveis, isolados apenas para análise e melhor detalhamento do problema. Revela a vocação crítica do conceito de legitimidade ao enfatizar tratar-se de uma "qualificação positivamente valiosa", bem como sua abertura para a história, pois o conceito exige preenchimento em cada situação especial, no espaço e no tempo, no interior de cada formação social.

Nas sociedades contemporâneas, como vimos antes, a legitimação do poder político vive um instante de crise e impasse.

A superação dialética do impasse pode nos conduzir a uma sociedade mais igualitária e a um direito menos individualista. Não há resposta teórica necessária que afirme com fatalidade o sentido da história. Ficam novas perguntas.

Não deixo de recordar Guimarães Rosa: "Vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só a fazer outras maiores perguntas".

MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO*

UADI LAMÊGO BULOS**

1. PALAVRAS INICIAIS

Houve época em que as constituições se pretendiam eternas.

O poder constituinte só seria acionado uma vez, atingindo o texto constitucional a sua forma definitiva e imutável.

Certamente, por esta razão, Licurgo quis tornar as leis de Esparta "imutáveis e eternas", fazendo todos os seus concidadãos, governantes e governados jurarem mantê-las inalteradas durante a sua viagem para Delfos a fim de consultar o oráculo sobre as instituições que fundara.

Obtendo de Apolo a resposta de que suas leis eram perfeitas, não retornou à sua pátria e pôs fim aos seus dias, exigindo dos seus concidadãos o cumprimento da promessa de manterem inalteradas as suas leis.

Se na história dos tempos remotos o dogma das constituições imutáveis vem registrado, o mesmo não se pode dizer na história dos tempos mais recentes.

Em nossos dias, sem maiores debates e celeumas, é ponto pacífico que haja alterações constitucionais.

Seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma constituição inalterável, diante da realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução, com aquilo que Lassalle denominou "fatores reais do poder", que atuam no meio social como verdadeiras *forças de transformação*.

Ora, se as constituições, para serem eficazes, observadas e cumpridas na prática, devem corresponder, ao menos em sua essência, a esses fatores reais de poder, e se esses fatores variam, evoluem, modificam-se através das transformações e do progresso, da técnica, das ciências e da economia, dos próprios valores morais e espirituais de cada sociedade, é evidente que as constituições devem acompanhar essa evolução, modificar-se ao ritmo das transformações sociais e até mesmo abrir caminho às mudanças sérias, oportunas e viáveis, exigindo respeito ao que existe de mais profundo, no dizer de Francis Delpeché, ao examinar o processo de modificação da Constituição belga, em obra publicada, no ano passa-

* Palestra proferida no I Seminário de Direito Constitucional, realizado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, OAB/BA, DARB, Faculdade de Direito da UFBA, no dia 14 de janeiro de 1994.

** Advogado em São Paulo. Mestrando em Direito do Estado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

do, pela Associação Francesa dos Constitucionalistas.

Resultado de tendência contemporânea no sentido de manter-se a estabilidade das constituições, o processo tradicionalmente difundido de mudança constitucional é aquele designado genericamente de "reforma".

Instituído pela Constituição, trata-se de processo formal de modificação constitucional, pois que revestido de forma, requisitos e limites próprios, expressos e previstos na lei maior.

O recurso da reforma constitucional tem sido estudado e disseminado por doutrinadores pátrios e estrangeiros. Seus limites, contornos, procedimentos têm merecido aprofundados exames.

2. MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

Mais recentemente, todavia, alguns publicistas têm dado ênfase a determinados processos não-formais de mudança constitucional, não consagrados pela própria Constituição, mas que, nem por isso, são menos reais, dando ensejo ao fenômeno da mutação constitucional.

A mutação constitucional consiste, assim, no processo informal de mudança da Constituição.

Tema pouco tratado pelos manuais e compêndios de Direito Constitucional, as mudanças informais do Texto Supremo parecem fazer parte da vida dos estados.

A prática constitucional evidencia que as constituições rígidas sofrem mudanças, além daquelas previstas formalmente. Isso quer dizer que não é somente através de reforma que os preceitos constitucionais vão se modifi-

cando, a fim de aderirem às exigências sociais, políticas, econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade.

Nesse diapasão, foi que Laband, o constitucionalista da era bismarkiana, distinguiu reforma e mutação constitucional, distinção esta acolhida por Konrad Hesse, Karl Loewenstein, Paolo Biscaretti di Rufia, Manuel Garcia-Pelayo, Hector Fix Zamudio, dentre outros.

Da aludida distinção derivou o raciocínio mediante o qual o fenômeno da mutação constitucional não altera a forma estabelecida pelo legislador constituinte.

Modifica, apenas, o sentido, o significado e o alcance das expressões normativas depositadas na Carta Suprema, ora através da interpretação em suas diversas modalidades, ora através dos usos e costumes constitucionais, mas sem provocar alterações traumatizantes, nem anomalias à letra da Constituição.

Tais mudanças não-formais tornam-se claramente perceptíveis apenas quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo, em duas ou mais épocas diferentes.

A título de exemplificação, veja-se a mutação, por via interpretativa, ocorrida no inc. XI do art. 5º da Constituição brasileira vigente, que considera a casa asilo inviolável do indivíduo.

Ao longo dos poucos anos de vigência da Carta de 1988, a doutrina e os tribunais concluíram que a palavra *casa*, inserida no dispositivo em apreço, não seria simplesmente o local onde o indivíduo estabelece residência com ânimo definitivo, significando, também, o escritório de um advogado, o consultório

de um médico ou outro conteúdo compatível com a forma consagrada pelo legislador constituinte.

Inegavelmente, as palavras da Constituição são palavras vivas!

Palavras que podem ganhar ou perder conteúdo, estender-se ou contrair-se, pois a vida de uma língua manifesta-se também pela integração de novos pensamentos ou subtração dos antigos às palavras já existentes.

A interpretação, quando utilizada em consonância com o espírito e a letra da Constituição, é um processo eficaz de mudança informal, pois atualiza dispositivos em função das necessidades da vida.

Por outro lado, o processo interpretativo que desvirtuar, quebrar, distorcer a forma consagrada pelo legislador constituinte é o maior de todos os riscos que pode sofrer uma constituição, idealizada por obra de um poder superior, cujo reflexo se exterioriza sobre todo o sistema jurídico-político.

Tais violações devem ser repelidas venham de onde vierem — seja uma prática constitucional viciosa e sem apoio da opinião pública, seja uma lei ordinária capciosa, de fins escusos, bem ou mal disfarçados.

Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos a saber: 1º) importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional, através da interpretação em suas diversas modalidades e dos usos e costumes constitucionais; 2º) esta mutação não deverá ofender a forma, a letra e o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*; 3º) a alteração por mutação se proces-

sa de modo lento e espontâneo, em períodos afastados no tempo.

3. PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Por outro lado, os doutrinadores não são uniformes quanto à terminologia mais apropriada para cognominar as mudanças informais da Constituição, o que vale dizer: a expressão *mutação constitucional* não é a única existente para denominar as alterações não-formais do Texto Maior.

O professor Jorge Miranda prefere o termo *vicissitude constitucional tácita*.

Gomes Canotilho utiliza a expressão *transições constitucionais*.

Entre nós, Pinto Ferreira, apoiado na doutrina alemã, adere à expressão *mudança material*, enquanto a professora Anna Candida da Cunha Ferraz indica a denominação *processos indiretos*.

Mesmo havendo uma incompatibilidade terminológica quanto à melhor maneira de se designar as mudanças não-formais da Constituição, o essencial é precisar a idéia de que as normas elencadas no Texto Fundamental podem ser modificadas no alcance e no significado, sem qualquer violação formal, através de modos diferentes daqueles previstos pelo poder constituinte derivado.

O uso de uma ou outra expressão alcança o mesmo objetivo, pois revela a existência de alterações operadas no texto da Constituição, diversas da atividade, adrede demarcada, do poder reformador.

Com base na magnífica lição de Burdeau, entretanto, segundo a qual há um poder constituinte difuso que, por

não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação *meios difusos*, para demarcar as mutações realizadas fora do exercício do instituído poder de reforma constitucional. De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir regras e formalidades legais. Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, mas sem vulnerar-lhes o conteúdo expreso.

4. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO (COMO PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL)

Um dos temas mais controvertidos do Direito Constitucional refere-se à *interpretação da Constituição*.

Existem inúmeros métodos de estudo para o problema, não sendo matéria pacífica entre os juristas.

O assunto é árduo, complicado, inexistindo opiniões idênticas, motivo pelo qual o campo de investigação está aberto, recobrando novos exames por parte da doutrina.

A interpretação constitucional é, de certa forma, uma espécie do gênero interpretação jurídica, resguardadas, logicamente, certas peculiaridades que a distinguem de outros meios interpretativos, *v.g.*, os métodos utilizados com o escopo de desentranhar o sentido de uma norma, contida no Código Civil, Comercial, Penal, Tributário, na Consolidação das Leis do Trabalho etc. É que a interpretação da Carta

Maior leva em consideração algumas notas específicas, como a supremacia e a rigidez da Constituição, as particularidades das normas que integram o sistema constitucional, a matéria, a forma, a própria estrutura lógica dessas normas. No mais, a interpretação constitucional segue os mesmos métodos aplicados à interpretação de qualquer lei (*lato sensu*).

Não se pode, por outro lado, deixar de ressaltar que a doutrina salienta dois aspectos mediante os quais a interpretação constitucional se diferencia da interpretação jurídica em geral. São eles: o aspecto político e o aspecto tipológico.

Para Carbone, o fator político é importantíssimo, senão fundamental, pois ajuda a definir o conteúdo dos princípios constitucionais, que são exercidos dentro das linhas mestras do regime político, ajustando o interesse público ao sentimento da coletividade. Themístocles Cavalcanti, quando ministro do Supremo Tribunal Federal, assim se manifestou: "Na interpretação da Constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e a significação das palavras, mas principalmente o sentido político da interpretação, considerando-se a Constituição como um diploma político".

Perante o sentido político de uma Constituição, não há como negar o vínculo existente entre a norma constitucional e o elemento político nela jungido. Ao interpretarmos as normas constitucionais pelo ângulo político, que sempre está em dinamismo, para adaptar-se às próprias exigências da vida, encontraremos novos elementos caracterizadores da interpretação cons-

titucional, enquanto meio de mudança informal da Constituição.

A interpretação da Lei Maior não é missão específica dos juristas, mas é tarefa, também, de todos aqueles que têm uma visão mais abrangente da História do Direito, da Ciência Política, da História Política, da Política, matérias que auxiliam e facilitam a correta identificação dos elementos que evidenciam o conteúdo da norma constitucional. Daí por que, para interpretar uma regra do Texto Magno, é preciso penetrar-lhe o âmago, a essência, desvendando os significados mais profundos, sem descuidar determinados elementos contidos na norma constitucional, como o político.

A tipologia das normas constitucionais é outro aspecto peculiar da interpretação constitucional. Através dela, as regras da Constituição são classificadas quanto à categoria. Isto permite uma maior elasticidade interpretativa, refletindo no procedimento adotado pelo hermenêuta no seu papel de adequar a norma a novas realidades fáticas, atribuindo-lhe diversos significados, alterando-lhe o conteúdo, mas não violando a forma. Eis aí a interpretação normativa como processo de mudança difusa da Constituição.

Existem inúmeras tipologias para classificar as normas constitucionais. Os italianos contribuíram positivamente, propondo diversas classificações.

Particularmente relevante foi o critério tipológico enunciado no início da década de 50, por Vezio Crisafulli, aceito pelos autores na atualidade.

Ensina o constitucionalista italiano que as normas constitucionais podem ser enfeixadas em dois grupos. No primeiro, incluem-se as normas de

eficácia plena e com aplicação imediata. No segundo, encontram-se as normas de eficácia limitada, que podem ser de legislação e programáticas. As regras de legislação não são aplicáveis imediatamente, aludem a uma norma futura, que regulamente os seus limites. As programáticas são verdadeiras normas jurídicas, possuindo a natureza perceptiva, além de se dirigirem diretamente aos órgãos do Estado.

No Brasil, o professor José Afonso da Silva prestou enorme contribuição, ao lecionar que as normas constitucionais, na ótica da eficácia e aplicabilidade, classificam-se em: 1) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta ou integral, que incidem de modo imediato, dispensando legislação complementar; 2) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas sujeitas a restrições por parte do legislador infraconstitucional; 3) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem da emissão de lei orgânica ou complementar para serem aplicadas. Dividem-se em normas definidoras de princípio institutivo, que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos, previstos na Constituição, e normas definidoras de princípio programático, que estatuem programas constitucionais, suscetíveis de desenvolvimento por uma providência normativa ou administrativa ulterior.

A exemplificação destes critérios classificatórios das normas constitucionais serve para ilustrar a especificidade que adquire a interpretação da Constituição. Tanto no que concerne às peculiaridades encontradas nas categorias tipológicas, quanto

à discricionariedade maior ou menor do ato interpretativo, deverá o intérprete observar os aspectos específicos da interpretação constitucional, evitando transtornos e deformações na letra e no espírito da Constituição.

Conforme foi dito, embora a interpretação da Lei Magna possua peculiaridades políticas e tipológicas, ela consiste em uma espécie do gênero interpretação jurídica.

Assim, é oportuno examinarmos, brevemente, a interpretação das leis em geral, que possui métodos suscetíveis de aplicação no campo constitucional. Esses métodos podem provocar mudanças perceptíveis ou imperceptíveis na Constituição, ou seja, mutações constitucionais, que não transgridem as formas consagradas na Carta Maior, porém adaptam, renovam, ampliam ou restringem o sentido e o alcance do conteúdo das normas estabelecidas pelo legislador constituinte. E como observou Larenz, embora a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma jurisprudência dirigida à prática jurídica, a jurisprudência nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que mesmo uma lei muito cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso necessitado de regulação.

Mesmo a lei não possuindo a capacidade de abarcar, perfeitamente, todas as situações concretas, é possível e, sobretudo, viável que a autoridade jurisdicional procure determinar a qualificação jurídica do caso individual.

Para tanto, é necessário o recurso da interpretação. Interpretar é descobrir, desvendar, esclarecer, elucidar o sentido e o alcance de uma palavra ou expressão. Segundo Giuseppe Lumia,

"por interpretación se entiende, en general, la actividad dirigida a comprender el significado de algo que funciona como signo de cualquier otra cosa; a través del signo, el intérprete llega al designatum, es decir, al objeto al que el signo envía".

Para auxiliar a atividade interpretativa, contudo, a doutrina alude a inúmeros processos hermenêuticos, que têm por escopo orientar a análise do juiz. De qualquer modo, é bom ter-se em mente, como o faz Johnson Barbosa Nogueira, em excelente visão crítica sobre o assunto, que "muito dificilmente vamos encontrar uma exposição coincidente a respeito dos métodos e escolas interpretativos".

Não obstante o desencontro metodológico das técnicas de interpretação, enfatizam os juristas certas regras hermenêuticas. Daí falarem nos processos: gramatical, lógico, sistemático, histórico, teleológico, dentre outros.

Pelo gramatical, fundado em princípios de lingüística, o magistrado examina cada termo normativo, observando a pontuação, a etimologia e a colocação das palavras.

O método lógico busca atingir a perfeita coerência do alcance das expressões jurídicas, analisando os períodos da lei e combinando-os mutuamente. Carlos Maximiliano assim o define: "O processo lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com o aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Pretende, do simples estudo das normas em si, ou em

conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta”.

A técnica sistemática valoriza o todo no qual se insere a norma, relacionando-a com outras normas relativas ao mesmo objeto. Em um raciocínio genérico, poderíamos dizer que o método sistemático coincide com uma visão contextual do fenômeno jurídico, onde os vários subsistemas normativos, que constituem o conjunto harmônico e interdependente, que fornece a concepção do que seja sistema, são vistos em conjunto.

O método histórico, por sua vez, proveniente dos espíritos de Savigny e Puchta, é aquele baseado na investigação de antecedentes históricos da norma. Os trabalhos de feitura do projeto de lei, justificação, exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação, discussão, são fatores sopesados na análise historiográfica do processo legislativo, cuja análise propicia uma técnica de hermenêutica para o aplicador da norma. Ademais, há de se considerar as próprias condições psicológicas e culturais que resultaram na elaboração da lei (*occasio legis*).

Finalmente, vem-nos a idéia do que seja o método teleológico objetivo, também denominado de sociológico. Procura descobrir o alcance e o significado das expressões normativas, adaptando-as a novas realidades fáticas e sociais. No ordenamento jurídico brasileiro, essa técnica de adaptação vem consignada no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que diz:

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum”.

Todas estas regras de interpretação sofreram por parte da doutrina

inúmeras críticas e objeções, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. Há quem diga, por exemplo, que método, processo, meio, elemento, técnica não são vocábulos sinônimos, como querem certos juristas ao estudarem as teorias da interpretação. Aceitar a identidade vocabular de tais palavras seria cometer lamentável confusão e inversão conceitual. Por outro lado, existem autores que reconhecem a fragilidade das inúmeras escolas que tentaram formular uma teoria da interpretação na Ciência do Direito, que, por serem essencialmente diversas, já demonstram um atestado de insucesso.

Na realidade, todas as escolas que traçaram as suas respectivas teorias de interpretação do Direito são simples esquemas de pensamento, hauridos da observação e vivência histórica, social, cultural dos seus adeptos. Por serem esquemas personalíssimos de investigação, nada têm de absoluto, não fornecem um critério seguro no mister para o qual se propõem. Subministram, simplesmente, um instrumento mais ou menos útil que permite chegar a uma visão aproximada da realidade. Como todos os esquemas personalíssimos de pensamento, são relativos e complementares. *Relativos*, porquanto só reconhecem um aspecto particular da experiência, que é vária, multifacetária, infinita; *complementares*, porque não se excluem reciprocamente, não operam de modo isolado, mas em conjunto. Uma escola complementa a outra, formando a *unidade interpretativa*. E por inexistir superioridade de um método em relação ao outro, cumpre ao aplicador do Direito, consciente da fragilidade teórico-científica das

regras de hermenêutica, utilizar todos os recursos interpretativos disponíveis, que, ao se combinarem, diante do caso prático, propiciarão a descoberta do alcance e sentido da disposição normativa.

Mesmo não havendo uma teoria sólida e exata, fornecedora de critério firme para a aplicação do Direito ao caso concreto, é possível a obtenção de decisões seguras, desde quando haja a combinação dos métodos hermenêuticos. Daí Karl Engisch doutrinar que nenhum método de interpretação, isoladamente, conduz a um resultado líquido.

E diante da insatisfatoriedade dos métodos jurídico-interpretativos, urge que o magistrado utilize todos os recursos que estiverem ao seu dispor, como a própria subsunção, integração, analogia, princípios gerais do direito, equidade *et alii*. Mas, ao fazê-lo, seja qual for a técnica empregada, deverá manter-se dentro dos limites previstos pelo Direito, isto é, em consonância com a consciência jurídica geral, aliada a critérios éticos que nem sempre encontram respaldo normativo, e nem por isso devem ser renegados.

Em se tratando da interpretação da Constituição, todos os métodos clássicos são pertinentes, observados os atributos inerentes à matéria constitucional. Seja qual for o caminho seguido, quaisquer dos métodos interpretativos podem provocar mutações constitucionais, ensejando mudanças na substância do texto, alterando o conteúdo das proposições normativas.

De qualquer modo, haverá mutação constitucional, por intermédio da interpretação, quando: modificarem o sentido de um vocábulo, os fins

inspiradores de uma norma; alargarem o conteúdo da disposição normativa, aumentando-lhe a abrangência; imprimirem novo significado à letra da lei; procurarem preencher lacunas, pela via interpretativa; adaptarem a norma a novas realidades surgidas após a edição da Constituição, dentre outros exemplos, certamente, encontrados na prática e vivência das constituições.

Notemos, a propósito, a mutação ocorrida através de interpretação, no inc. LXX do art. 5º da Carta Magna atual, que regulamenta o mandado de segurança coletivo.

Como é sabido, o legislador constituinte não especificou a natureza do interesse que deve ser tutelado pelo *mandamus* coletivo, inovação processual constitucional advinda com a Constituição de 1988, surgindo a dúvida se aqueles interesses transindividuais, de índole indivisível, que têm por titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias fáticas, contingentes, momentâneas e variáveis, denominados, na década de 70, de difusos, poderiam ser resguardados pelo remédio coletivo.

Também houve a dúvida se os interesses individuais homogêneos, que decorrem de uma mesma origem, como, à época, o direito pleiteado pelos aposentados da Previdência ao reajuste dos 147%, seriam suscetíveis da proteção do mandado de segurança coletivo.

A doutrina e a jurisprudência predominantes compreenderam, após a interpretação do citado inc. LXX do art. 5º, que, para o ajuizamento da ação de segurança coletiva, seria necessário o interesse possuir a índole coletiva ou individual homogênea, não cabendo *writ*

coletivo nos casos que envolverem interesses difusos, pois estes, por serem de difícil comprovação, não podem ser provados de plano, quanto à certeza e liquidez do direito, embora possam ser tutelados pela ação civil pública.

Observem que, ao concluírem pela possibilidade de o mandado de segurança coletivo resguardar interesses individuais homogêneos, os juristas e os tribunais, por meio da interpretação constitucional extensiva, atribuíram uma nova acepção, um novo significado ao inciso da Lei Maior, ampliando o âmbito de abrangência da garantia de segurança coletiva.

5. USOS E COSTUMES CONSTITUCIONAIS (COMO PROCESSOS DE MUDANÇA DIFUSA DA CONSTITUIÇÃO)

Ao lado da interpretação, o costume também é um processo que possibilita a mudança difusa da Constituição, através da mutação constitucional.

Lembra Georges Renard que o costume, algumas vezes, é insubstituível pela lei.

Ao sentenciar, com ênfase, tal afirmativa, o mestre francês, certamente, quis admitir que, por mais extensas que sejam as generalizações legais, desdobradas em artigos, parágrafos, incisos, jamais conseguirão subsumir todas as situações da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Por esta razão é que os ordenamentos consagraram, dentre as mais antigas formas de manifestação do Direito, as práticas consuetudinárias, decorrentes da reiteração uniforme de um dado comportamento, que adquire juridicidade.

O costume é, assim, uma norma que promana da longa prática uniforme de um certo comportamento sob a convicção que corresponde a uma necessidade jurídica.

Inúmeros autores, como Savigny, Gerber, Puchta, Stobbe, Thön, Jellinek, Zitelmann, Ferrara, Planiol, Lambert, Esmein, Gierke, Unger, Clóvis Beviláqua, Vicente Ráo, Washington de Barros Monteiro, estudaram o costume, mantendo divergências de opinião quanto à sua natureza jurídica.

No que pese às polêmicas sobre a verdadeira natureza jurídica do costume, a concretude da vida demonstra que ele possui dois elementos: um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo exterioriza-se pela reiteração de uma conduta, seria o *usus*. Já o elemento subjetivo resulta da convicção generalizada de sua exigibilidade, da crença de que a obrigatoriedade da norma é necessária (*opinio juris et necessitatis*).

O uso consiste, pois, no elemento objetivo do costume. Conforme demonstra Vicente Ráo, o uso, como elemento do costume, deve ser uniforme, constante, público e geral. Uniforme e constante, porque se deve agir sempre do mesmo modo, sem qualquer interrupção. A uniformidade e a constância do uso não se poderiam verificar sem um exercício, por período razoavelmente longo, capaz de autorizar a *opinio* (*diuturnitas temporis*), público (*actus palam editi*), porque deverá obrigar a todos em geral, não no sentido de se aplicar a toda a comunidade, ou a todo o território, mas no de alcançar todos os atos e todas as pessoas e relações que realizam os pressupostos de sua incidência

na norma costumeira. A existência de um uso requer que não exista outro uso contrário, simultaneamente, porquanto poderia comprometer a generalidade que o caracteriza. O uso deverá, ainda, estar de acordo com a moral, com a ética e com a ordem pública.

Na órbita do Direito Constitucional, os usos e costumes foram salientados pelos constitucionalistas. Para uns, as práticas consuetudinárias não podem compatibilizar-se com uma Constituição rígida, escrita e formal, porque, diante da supremacia da Carta Magna, não há lugar para modificações, acréscimos e interpretações costumeiras.

A razão parece estar com os que sustentam posição contrária, demonstrando que o costume é uma realidade nos sistemas constitucionais, valendo citar Karl Wheare, Barthelemy, Carmelo Carbone, Luis Sanchez Agesta, Quiroga Lavié, dentre outros.

Com efeito, a experiência comprova a existência do costume constitucional.

O seu funcionamento acha-se previsto naquele poder difuso, relatado por Burdeau. Esse poder invisível, mas real, intervém para colmatar lacunas ou interpretar normas obscuras, facilitando a ação do aplicador. Mesmo nas constituições rígidas, o costume constitucional, expressão do poder constituinte difuso, possui grande valia. Através da sua prática reiterada e consentida, sem forma prevista e consagrada na Constituição, o costume, na falta de lei sobre determinada matéria, cumpre tarefa de alta relevância, posto que preenche os vazios ocultos da Lei Constitucional, suprimindo as falhas contidas no sistema.

Indubitavelmente, o costume possui uma posição complicada e cons-

trangedora, porque não logra a mesma eficácia de uma norma escrita, não goza de atributos formais, não tem o mesmo valor de uma regra inserida na Constituição, protegida pelo manto da supremacia e rigidez, mas, mesmo assim, serve, ao menos como fonte secundária, em ordenações de Direito escrito, para completar lacunas constitucionais.

Como exemplo bastante ilustrativo, entre nós, citou Meirelles Teixeira, saudoso professor da PUC-SP, as práticas parlamentaristas do Segundo Império, inteiramente à margem e até mesmo contra dispositivos da Carta de 1824, que dava ao imperador o poder de nomear e demitir livremente seus ministros.

Nos Estados Unidos, o fenômeno das mudanças difusas também esteve presente por via dos costumes constitucionais, quando ocorreram as comissões parlamentares, através das quais se estabeleceram relações muito estreitas, colaboração muito íntima entre o presidente e o Congresso, não obstante a rigidez com que a Constituição proclama e aplica o princípio da separação dos poderes.

A partir dessas exemplificações, e de tantas outras certamente existentes, é oportuno dizer que o costume constitucional, perseguindo os mesmos fins dos meios interpretativos de mutação da Constituição, modifica o sentido, o significado e o alcance das normas constitucionais.

De resto, a doutrina aponta duas funções básicas para o costume, enquanto processo de mutação constitucional: preencher lacunas e interpretar disposições normativas, suprimindo o silêncio do legislador constituinte, criando-se norma para situações não previstas no texto, sem todavia feri-lo.

Diversamente da prática costumeira compatível com o Texto Magno, os costumes contrários à forma estabelecida na Constituição devem ser execrados, para evitar o "falseamento das normas constitucionais", de que nos fala Dabin, fenômeno caracterizado pelo gravíssimo vício de inconstitucionalidade.

6. PALAVRAS FINAIS

É hora de concluir.

Não poderíamos, por fim, deixar de enfatizar a razão de ser da mutação constitucional!

A experiência comprova que nem sempre a reforma de uma Constituição pode ocorrer com frequência e imediatidade. Por este motivo, torna-se valioso o recurso da mutação constitucional.

Embora não modifique a forma dos artigos depositados na Constituição, serve para adaptá-los a novas realidades fáticas.

Nos últimos dias, muito se tem discutido sobre a revisão da constituição brasileira vigente.

Diante do problema, é forçoso indagarmos:

– É defensável promover-se uma alteração formal, isto é, uma revisão de uma Constituição que não foi vivenciada em sua plenitude?

– Não seria a revisão constitucional um recurso que exige equilíbrio e serenidade nas instituições políticas, posto que é ato de alta relevância para a vida nacional?

– Poderá a revisão de uma Constituição, aprovada em regime de urgência e sem procedimento bem definido, descurar de determinados princípios e

valores supremos, consagrados pelo próprio legislador constituinte?

Levando-se em conta que revisar uma Constituição é adaptá-la às necessidades da Federação como um todo, pois o constituinte de 1988 erigiu a *forma federativa de Estado* – não seria indispensável a participação dos estados constitucionalmente autônomos no processo revisional?

– Que dizemos de uma revisão iniciada com a facilidade e a pressa com que se elabora uma simples matéria secundária?

Daí o sentido e a razão de ser das mutações constitucionais, que, ao contrário das revisões inoportunas, inviáveis e sem qualquer noção de conveniência, modificam as constituições sem mutilar a letra e o espírito que o constituinte imprimiu no Texto Fundamental, sobretudo quanto aos seus elementos preeminentes.

É curial, portanto, que a Constituição seja aplicada antes de ser reformulada.

Para que assim seja, deve ser conhecida não apenas na sua letra, mas também naquilo que possui de mais profundo.

Legisladores e governantes, administradores e funcionários, agentes do poder público, juízes e tribunais, juristas e os cidadãos em geral, a todos, com maior intensidade, impõe-se a necessidade, senão o dever, desse perfeito, pleno conhecimento da Constituição.

Lembrando as palavras do inesquecível Ruy Barbosa, "desde o chefe da Nação até o último dos habitantes do País, todos que têm de sujeitar-se a um ditame imperativo da autoridade superior hão de começar por entendê-lo. E como entender a lei equivale

reconstituir o pensamento do legislador, a interpretação é o ato inicial de toda obediência".

Que apliquem a Constituição.

"É explorando as suas potencialidades que se pode mantê-la entre as regras vivas" (Burdeau).

NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO DOS LUCROS OU RESULTADOS

LÉLIA GUIMARÃES CARVALHO RIBEIRO*

1. NATUREZA JURÍDICA

Ao se cuidar da natureza jurídica da participação em lucros e resultados, o que se busca é a categoria jurídica, na qual enquadra-se o instituto.

Antes do advento das medidas provisórias sucessivamente editadas a partir de dezembro de 1994, havia controvérsia sobre o assunto.

Uma primeira corrente, só por força da Lei Magna, entendia tratar-se de benefícios de natureza não-salarial.

Uma segunda corrente sustentava que a natureza não-salarial do instituto haveria de ser reconhecida a partir do cancelamento do Enunciado 251 do Grêgio Tribunal Superior do Trabalho, ante sua colisão com o texto da constituição vigente.

Finalmente, havia aqueles para os quais a natureza não-salarial da participação só poderia vir a ser afirmada depois de editada a regulamentação do texto constitucional.

Tudo indica que essa terceira corrente era a mais acertada, porque o legislador ordinário já se posicionava no sentido de que, enquanto não editada lei regulamentadora do texto constitucional, o benefício uma

vez concedido deveria ficar sujeito a incidências de contribuições previdenciárias, o que implicava, pois, atribuir-lhe natureza salarial (art. 28, § 9º, alínea j, da Lei 8.212/91).

Presentemente estão conjugados todos os elementos conducentes à conclusão de que a participação em lucros ou resultados não possui natureza salarial. É que a previsão constitucional nesse sentido veio a ser regulamentada em texto que, aliás, realça enfaticamente a mesma conclusão.

2. PARTICIPAÇÃO

Participar significa compartilhar ou ter parceria em algo, em companhia de uma ou mais pessoas.

2.1. Participar em lucros significa ter parceria nos benefícios da atividade econômica do empresário.

Toda atividade econômica implica utilização dos fatos da produção, a saber: natureza, capital e trabalho.

A natureza se remunera com a renda, o capital com os juros e o trabalho com o salário.

Depois de pagos os fatores da produção, se houver sobra, tratar-se-á do lucro.

* Procuradora do Trabalho. Mestra em Direito Econômico.

Depreende-se do exposto que o lucro pertence normalmente ao empresário, e deve-lhe ser mesmo atribuído, porque lhe incumbe enfrentar os riscos da atividade econômica.

Mas nada obsta possibilitar-se ao trabalhador ter nele participação, porque isso contribui para sua melhor integração na empresa e, também, para o aumento da produtividade.

2.2. Participação no resultado

Antes do advento das medidas provisórias editadas sucessivamente, a partir de dezembro de 1994, havia acirrada controvérsia sobre o sentido da expressão.

Alguns identificavam-na com o lucro, uma outra corrente entendia constituir benefício a ser partilhado por entidades sem fim lucrativo. Existiam, afinal, aqueles para os quais os resultados correspondiam a metas, ou seja, a objetivos a serem alcançados.

Com o advento das medidas provisórias de que se cuida, ficou clara a adoção do último conceito.

Vale dizer que participação em resultado deve entender-se como todo benefício condicionado à consecução de uma meta ou objetivo, tais como: o aumento da produção, assiduidade, ampliação do mercado, qualidade do produto, etc.

3. REALIZAÇÃO PRÁTICA

Ao regulamentar a participação em lucros ou resultados, o legislador poderia ter adotado critério de disciplina minuciosa da matéria, segundo modelo de vários projetos em curso no Congresso. Preferiu, todavia, a meu ver, com todo acerto, fiar-se nos procedimentos de

autocomposição. Deixou a matéria para ser disciplinada pelos próprios interessados, e isso porque, com certeza, estava imbuído da sabedoria daquele adágio: "Quem diz contratual diz justo".

O contrato de participação em lucros ou resultados deverá formalizar-se através de entendimento entre o empresário e a comissão eleita pelos empregados da empresa. Requer a medida provisória em vigor que tal acordo seja arquivado junto ao sindicato representativo dos trabalhadores.

Efetuada o arquivamento, sem oposição da entidade respectiva, fica superada qualquer arguição de inconstitucionalidade por infringência do preceito constitucional, consoante o qual o sindicato é participe necessário de todo e qualquer processo de negociação coletiva.

4. CONVENIÊNCIA ECONÔMICA

A regulamentação em participação em lucros ou resultados surgiu em momento extremamente oportuno, quando se torna cada vez mais evidente a necessidade de o Brasil se preparar para a competição cada vez mais aguçada em virtude da globalização do comércio, e os mais acertados caminhos para o fim indicado são a diminuição de encargos sociais e o incentivo à produtividade.

As medidas provisórias em análise satisfazem plenamente os dois referidos objetivos.

Não há, com efeito, melhor estímulo à produtividade do que a participação em lucros e resultados, e ela se torna

tanto mais merecedora de encômios quanto é certo que não acarreta aumento de encargos.

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica da participação em lucros ou resultados não tem cunho salarial.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

CUSTÓDIA PRÉVIA. DECRETO DESFUNDAMENTADO. DEFERIMENTO DO RECURSO.

Para a decretação da prisão preventiva é necessária uma fundamentação baseada em dados concretos, não sendo suficiente a referência genérica aos artigos legais que a autorizam.

H.C. 18.983-9. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos do *habeas-corpus* 18.983-9, de Santa Maria da Vitória, sendo impetrante Estelita Barbosa Oliveira e paciente Jorge Jesus da Silva.

Acordam os desembargadores componentes do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em deferir a ordem.

A Bela. Estelita Barbosa Oliveira impetrou *habeas-corpus* em favor de Jorge Jesus da Silva, que se encontra preso por força de decreto de custódia prévia desfundamentado, da lavra do meritíssimo juiz de direito de Coribe.

A autoridade apontada coatora apresentou as informações solicitadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo deferimento da ordem.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

O paciente foi indiciado por haver infringido os arts. 129, § 1º, I e II, e 329, ambos do Código Penal, por ter lesionado seu cunhado e resistido à prisão.

Ao reagir à prisão, o paciente recebeu ferimentos na cabeça e um tiro na coxa direita, sendo levado para o hospital, na cidade de Coribe, de onde fugiu, quando os familiares da vítima ameaçaram invadir o local.

Posteriormente, foi recapturado e transferido para a Delegacia de Santa Maria da Vitória.

A autoridade indigitada coatora informou que a prisão preventiva do paciente foi decretada pelo meritíssimo juiz-substituto, atendendo à representação da autoridade policial, desacompanhada de qualquer documento, fundamentando-se na sua fuga do hospital e nos sinais de clamor público provocados pelo fato delituoso. Noticiou, também, que o paciente foi denunciado e interrogado. Quanto aos seus antecedentes, respondia por crime de ho-

Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 47/171	Abr./Out.96
------------	----------	-------	-----------	-------------

micídio, sendo impronunciado porque inocentado pelo verdadeiro autor do fato delituoso.

A Procuradoria de Justiça, como dito no relatório, opinou pelo deferimento da ordem, por considerar não devidamente fundamentada a prisão do paciente.

Analisando-se os documentos e informações constantes dos autos, mormente o decreto prisional, vê-se que o seu prolator não demonstrou, convincentemente, a necessidade da custódia prévia. Limitou-se a dizer da fuga do paciente e dos sinais de clamor público, não os enumerando sequer.

Para a decretação da prisão preventiva não basta a simples referência aos artigos do Código de Processo Penal que a autorizam. É preciso uma exposição fundamentada em dados concretos.

A fuga do paciente deveu-se às ameaças dos familiares da vítima de invadirem o hospital.

O réu é primário, com domicílio no distrito da culpa.

Com essas razões, defere-se a ordem, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura.

Salvador, 24 de julho de 1995.
Dermeval Bellucci — Presidente. Jatahy Fonseca — Relator.

MENOR SOB GUARDA. NORMADO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE LHE CONFERE A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO GUARDIÃO. ASSISTÊNCIA MÉDICA SUPLETIVA PRESTADA POR EMPRESA PRIVADA. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

O art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a guarda confere à criança e ao adolescente a condição de dependente do guardião, para todos os fins e efeitos de direito. A condição de dependente os protege de todos os riscos e obriga o responsável à prestação de assistência material, moral e educacional. As normas editadas por empresa privada não têm o poder de infirmar essa condição assegurada legalmente. Segurança denegada.

Mand. de Seg. 19.659-2. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança 19.659-2, de Alagoinhas, em que é impetrante Petrobrás — Petróleo Brasileiro S.A. — e impetrada a Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Alagoinhas.

Acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrantes do Conselho da Magistratura, à unanimidade de votos, em denegar a segurança impetrada.

E assim decidem pelas razões seguintes.

A Petrobrás — Petróleo Brasileiro S.A. — impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato que reputa ilegal da juíza de direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Alagoinhas.

O ato impugnado traduziu-se na determinação ao seu superintendente, no sentido de incluir a menor Marcela Santos do Nascimento como dependente de Américo Barbosa do Nascimento,

inclusive, para fins previdenciários, privada ou oficial, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente não faz qualquer restrição, sob pena de desobediência.

Alega a impetrante que, em 1º de fevereiro de 1976, editou a Norma 604-00-00, instituidora do sistema de Assistência Médica Supletiva (AMS), onde está disciplinada a prestação de assistência médica pela empresa a seus empregados.

Na disposição normativa acima referida, ficou estabelecido que a definição de dependente para efeito de assistência médica constitui prerrogativa que a impetrante reservou para si ao fundar o sistema.

Américo Barbosa do Nascimento, empregado aposentado da empresa, tendo obtido, juntamente com a sua esposa, Antonieta Silva do Nascimento, a guarda de sua neta Marcela Santos do Nascimento, buscou perante a Petrobrás promover a inscrição da referida menor como sua dependente, com a finalidade de franquear-lhe o gozo da assistência médica supletiva. Contudo, os pais da menor se encontram vivos e em perfeitas condições de saúde, não atendendo esta às exigências da empresa.

Afirma que a determinação judicial para incluir como dependente de empregado seu, menor sob sua guarda, que não reúne as condições elegidas pela empresa, viola a garantia constitucional do ato jurídico perfeito, eis que a norma editada para reger a concessão do benefício é anterior à Lei 8.069/90.

Anexou à exordial os documentos de fls. 8/26.

A medida liminar requerida foi indeferida.

Requisitadas as informações, pres-

tou-as a autoridade indigitada coatora às fls. 38/39.

Regularmente citados, os litisconsortes deixaram transcorrer *in albis* o prazo para se manifestarem sobre o *writ*.

Instada a se pronunciar a Procuradoria Geral de Justiça, através de ilustre representante, ofereceu o parecer de fls. 42/46, onde opina pela denegação da medida impetrada.

É o relatório.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de cassar ato judicial que determinou a inclusão da menor Marcela Santos do Nascimento como dependente de Américo Barbosa do Nascimento, funcionário aposentado da Petrobrás, inclusive, para fins previdenciários.

Ao exame dos autos, constata-se que Américo Barbosa do Nascimento e sua esposa, Antonieta Silva do Nascimento, detêm a guarda de sua neta menor, Marcela Santos do Nascimento, que vive às expensas e sob a responsabilidade de ambos.

O primeiro, funcionário aposentado da impetrante, ao pleitear que a menor, na condição de sua dependente, fosse incluída no plano de assistência médica supletiva da empresa, teve sua pretensão recusada, com fundamento em que esta não atendia às exigências da empresa, inseridas na Norma 604-00-00, de 1º de fevereiro de 1976.

Todavia, dispõe o art. 33, § 3º, da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

“Art. 33 — A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 3º — A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito”.

Ora, o art. 33, § 3º, do Estatuto esclarece em definitivo uma situação que a prática já tinha consolidado, estabelecendo que a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito, o que a coloca protegida de todos os riscos, merecendo toda a assistência necessária.

A disposição em tela não deixa margem a dúvidas, pois é a própria lei que imputa ao menor sob guarda a condição de dependente do guardião, não estando ali excepcionada a assistência médica supletiva, como pretende a impetrante.

As regras insertas na Norma 604-00-00, editadas por uma sociedade de economia mista, não podem ser agitados perante o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, tratando-se de lei federal, disciplina a proteção especial conferida à criança e ao adolescente pela Constituição Federal.

Diante do exposto, denega-se a segurança impetrada.

Salvador, 25 de abril de 1996. Aloísio Batista — Presidente. Dermeval Bellucci — Relator.

MUDANÇA DE REGIME CARCERÁRIO. MEIO IMPRÓPRIO. NÃO-CONHECIMENTO.

A via específica do habeas corpus é meio impróprio para o sentenciado pleitear mudança de regime carcerário.

H.C. 21.153-6. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de *habeas corpus* 21.153-6, da Capital, sendo impetrante e paciente Nelson Tarcísio Pena.

Acordam os desembargadores componentes do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em não conhecer da impetração.

Nelson Tarcísio Pena impetrou, em seu favor, *habeas corpus*, pedindo a concessão de mudança do regime prisional fechado para o semi-aberto.

Alega o impetrante-paciente haver solicitado a mudança de regime ao meritíssimo juiz de direito da Vara de Execuções Penais da Capital, que lhe negou o pedido, baseando-se, para tanto, em parecer contraditório emitido pela Comissão Técnica de Classificação da Penitenciária Lemos Brito.

A autoridade apontada coatora prestou as informações solicitadas.

A Procuradoria de Justiça opinou por não se conhecer do pedido. Acaso conhecido, deve-se denegar a ordem.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

A impetração visa a concessão de mudança de regime prisional fechado para o semi-aberto.

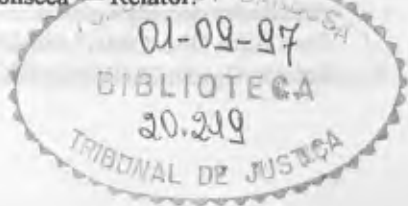
A autoridade indigitada coatora informou que o paciente foi condenado a uma pena de 22 anos e seis meses de reclusão, sob regime fechado, por infringência do art. 157, § 3º, do Código Penal. Obteve a mudança do regime inicial fechado para o semi-aberto, po-

rém, evadiu-se da prisão. Foi preso por haver cometido nova infração, desta feita a do art. 180 do Código Penal. Em decorrência da fuga, teve a regressão ao regime fechado. Requerendo a concessão de mudança do regime para o semi-aberto, foi indeferido o pedido com base no parecer da Comissão Técnica de Classificação da Penitenciária Lemos Brito, cujo parecer psicológico e psiquiátrico conclui que o paciente manifesta ainda imaturidade na análise dos fatos, referindo-se de forma banal a um crime hediondo. Além disso, o impetrante-paciente não agravou da decisão que julgou improcedente o pedido de mudança de regime, datado de 23 de março de 1995.

A competência para apreciação de benefícios prisionais, nos termos do art. 66 da Lei 7.210/84, é do juízo das execuções penais; do indeferimento desses benefícios, cabe agravo em execução, nos termos do art. 197 da Lei de Execução Penal. A via específica do *habeas-corpus* é imprópria para o sentenciado pleitear progressão de seu regime carcerário. Além disso, o *habeas-corpus* não é substitutivo ou sucedâneo do recurso comum previsto na lei.

O paciente, tendo à sua disposição o meio legal próprio para o reexame da decisão judicial impugnada, dele não fez uso. Deixou escoar o prazo para a interposição do agravo em execução. Não se constituindo o *habeas-corpus* forma de substituição do recurso estabelecido na Lei de Execução Penal, não se conhece da impetração.

Salvador, 31 de julho de 1995.
Ruy Trindade — Presidente. Jatahy
Fonseca — Relator.



PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE SUA DECRETAÇÃO. CRIME HEDIONDO. GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INDEFERIMENTO.
H.C. 8.511-0. Relator: Des. DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 8.511-0, de Paratinga, tendo como impetrante Leolino Cardoso da Silva Neto, paciente, Josenilton Oliveira Carinhonha, e figurando com autoridade coatora o Dr. Juiz de Direito da Comarca.

Acordam, unanimemente, os desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça da Bahia em indeferir a ordem de *habeas-corpus*, e assim o decidem pelos fundamentos seguintes:

Alega o impetrante que a prisão em flagrante foi ilegal e, inobstante ter o juiz declarado a nulidade do respectivo auto para decretar, em seguida, a custódia prévia do paciente, resultara a mesma, entretanto, de despacho desfundamentado, pois nele não apontara os motivos que justificassem a prisão decretada. Argúi, outrossim, da sua desnecessidade, por ser o paciente primário e de bons antecedentes.

Ao pedido vestibular, foram acostados os documentos de fls. 11 a 13.

A autoridade indigitada coatora prestou as informações de praxe (fls. 47/49), demonstrando que a prisão do paciente não decorre do auto de prisão em flagrante contra ele lançado, mas por ter sido decretada a prisão preventiva, com fundamento na conveniência da instru-

ção criminal, por haver fatos concretos a evidenciarem estar-se tentando destruir as provas do delito, como a tentativa de aliciamento de familiares da vítima, e de assegurar a ordem pública ante a gravidade do fato delituoso cometido, a revoltar a todos.

O parecer do doutor procurador de justiça (fls. 52/54) foi no sentido do indeferimento do *writ*, sob dois argumentos: a) que o doutor juiz *a quo* percebera que era preciso manter preso o paciente para prevenir o aumento da revolta social com o fato em si e o seu desdobramento com as propostas financeiras aos pobres familiares da vítima, daí por que com o decreto segregatório assegura a garantia da instrução criminal e aplicação da lei penal; b) que o crime é hediondo e a primariedade, bons antecedentes, emprego certo e residência definida não o tornam necessariamente beneficiário do privilégio da liberdade.

Não há negar que o paciente foi denunciado por infração do art. 213 c/co art. 224, *a*, e os arts. 1º e 2º da Lei 8.072/90, por haver mantido relações sexuais com uma menor de cinco anos de idade, configurando assim o crime hediondo.

Bem fundamentado encontra-se o despacho como exigido pelo art. 315 do Código de Processo Penal. Nele, examinados estão a materialidade do delito e os indícios de autoria. Destacados a repercussão negativa do fato e as notícias de propostas financeiras aos familiares da vítima, em troca do encerramento do caso, como justificativas da prisão para assegurar a ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

Nesse sentido, já decidiu a mais alta corte de Justiça:

“*Habeas-corpus*. Prisão preventiva. Necessidade”.

A só alegação de ser o réu primário e de bons antecedentes não afasta a possibilidade de decretação da custódia preventiva, no interesse da instrução criminal e na garantia da ordem pública. O juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas nele envolvidas, dispõe, normalmente, de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da prisão preventiva. Hipótese em que o despacho está suficientemente fundamentado. Recurso desprovido (Rec. H.C. 59.898, do STF, rel.-min. José da Silveira).

Destaque-se também:

“Desde que chegaram ao seu conhecimento elementos no sentido de que o acusado estava influenciando testemunhas, em detrimento do esclarecimento dos fatos, lícito ao promotor requerer a sua prisão preventiva. Decretando-a, nenhuma ilegalidade comete o magistrado” (137.849 — LORENA RT 521/356).

Ante o exposto, impõe-se o indeferimento do *writ*.

Salvador, 28 de julho de 1993. Ruy Trindade — Presidente. Dermeval Bellucci — Relator.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DOLO. ADVERTÊNCIA.

Aplica-se a pena de advertência quando não comprovado o dolo, tendo sido as irregularidades praticadas por negligência.

Proc. Adm. Disc. C0/007.480-2/94.
Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos do processo administrativo disciplinar C0-007.480-2/94, sendo autor a Corregedoria Geral da Justiça e ré Ednah Vinhas Santos Bastos.

Acordam os desembargadores componentes do Conselho da Magistratura do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em aplicar a pena de advertência.

Em 17 de julho de 1990, o Bel. Ronaldo Nadyr, juiz de direito da comarca de Mata de São João, informou à Corregedoria Geral da Justiça sobre a existência da representação 236/87, tendo como representante a Sra. Hildecy de Oliveira Santana e representada a Sra. Ednah Vinhas Santos Bastos, respectivamente tabeliã e subtabeliã da comarca de Mata de São João.

Em 12 de setembro de 1991, o doutor juiz encaminhou relatório à Corregedoria, onde decretou a nulidade da representação a partir da comunicação feita pela representante e determinou a retificação da autuação, uma vez que se tratava de processo administrativo.

Os autos foram devolvidos para que fosse concluído o processo administrativo, em 9 de janeiro de 1992.

Não tendo sido o referido processo concluído, o ilustre corregedor da época determinou a instauração de processo administrativo para apurar a responsabilidade de Ednah Vinhas Santos Bastos, designando a Dra. Maria Cristina Olímpio, juíza de direito da vara-crime da comarca de Alagoinhas, para presidir e instaurar o feito.

O novo processo foi instaurado

através da portaria 559/92.

Após regular processamento do feito, a Dra. Maria Cristina Olímpio deuse por impedida de julgá-lo, sendo então designada a Dra. Maria Virgínia Andrade de Freitas, juíza de direito da comarca de Pojuca, para concluir o processo administrativo.

O relatório da doutora juíza sugere a aplicação da pena de demissão. O parecer do Dr. Ailton Silva, juiz-corregedor auxiliar, opina pelo acatamento do relatório elaborado pela meritíssima juíza.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

Foi instaurado o presente processo administrativo para apurar a responsabilidade funcional da subtabeliã de Notas da comarca de Mata de São João, Sra. Ednah Vinhas Santos Bastos, em decorrência de irregularidades a ela imputadas pela Sra. Hildecy de Oliveira Santana, tabeliã de Notas da mesma comarca, que lhe atribuiu o fato de ter aberto um livro de n. 85, sem que ocorresse o encerramento do livro de n. 84 e sem autorização e conhecimento da titular do cartório. Esse livro foi mantido em seu poder para lavratura de escrituras diversas.

Constatada a irregularidade, a indiciada noticiou o extravio do referido livro de n. 85, em razão do arrombamento do seu veículo na Capital do estado.

Em acusação adicional, noticiou-se que a indiciada lavrou escritura de rerratificação da área de um lote em 1989, constando como vendedor e rerratificante um ex-prefeito do município de Camaçari, conhecido em toda a região e morto em 1983.

A serventúria alegou ter aberto o

livro de n. 85 por ordem do então doutor juiz de direito da comarca, declarando que "sempre houve mais do que um livro para registrar o mesmo tipo de escritura pública".

Quanto à segunda acusação, afirmou não ter conhecimento da morte do ex-prefeito de Camaçari, razão pela qual acreditou no casal que compareceu ao cartório munido do cartão de sua firma.

As testemunhas que prestaram depoimento limitaram-se a informar que a notícia do roubo do livro no carro da indiciada foi dada por ela própria e que a titular do tabelionato não sabia da abertura do referido livro de n. 85, pois no livro n. 84 ainda estavam sendo lavradas as escrituras.

Analisando-se os autos, especialmente o relatório da meritíssima juíza de direito da comarca de Pojuca, vê-se que as faltas foram confessadas pela própria indiciada.

A abertura e numeração do livro n. 85, simultaneamente à regular utilização do livro n. 84, constituem uma irregularidade, porque a lei determina que, em semelhantes casos, ocorra o desdobramento do livro em série, preservando-se o mesmo número com aposição de letras do alfabeto. Além disso, o extravio de livro oficial constitui crime contra a administração pública — art. 314 do Código Penal.

A conduta ilícita de ter identificado um casal como rerratificante de uma escritura de compra-e-venda, havendo o homem falecido há muitos anos, é injustificável, porque o seu óbito era de conhecimento de toda a região, por ter sido prefeito do município vizinho de Camaçari, então distrito judiciário de Mata de São João. Além do que é obrigatória a identificação das partes antes

da realização do ato cartorário.

As irregularidades foram comprovadas, entretanto não há certeza do dolo exigido para a aplicação da pena de demissão.

Considerando que não houve dolo e sim negligência, suspende-se a aplicação da pena de demissão, aplicando-se a pena de advertência.

Salvador, 12 de junho de 1995. Ruy Trindade — Presidente. Jatahy Fonseca — Relator.

RECLAMAÇÃO. REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA. INADEQUAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

Contra a rejeição parcial da denúncia, o recurso previsto na lei é o disposto no art. 581, I, do Código de Processo Penal. A reclamação só é admissível para reformar ato judicial contra o qual não cabe recurso específico.

Recl. 19.747-7. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos da reclamação 19.747-7, de Porto Seguro, sendo reclamante o Ministério Público e reclamado o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara-Crime da comarca de Porto Seguro.

Acordam os desembargadores componentes do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Esta-

do da Bahia, por unanimidade, em não conhecer a reclamação.

O representante do Ministério Público na comarca de Porto Seguro formulou reclamação contra despacho do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara-Crime da comarca de Porto Seguro, que não recebeu a denúncia contra Andréa Mendes de Almeida.

O órgão reclamante, com base no inquérito policial 20/94, ofereceu denúncia contra Gil Eanes Vieira Lima, Andréa Mendes de Almeida e Valdinei Garcia Pereira. Após cinco meses sem qualquer pronunciamento judicial, a autoridade reclamada recebeu a denúncia, excluindo da ação penal a indiciada Andréa Mendes de Almeida.

Alega o reclamante que o despacho impugnado subverte a ordem processual, porque o doutor juiz absolveu a acusada Andréa, liminarmente, sem processo. Além disso, a cota de participação da indiciada estava claramente descrita na denúncia.

O doutor juiz reclamado prestou as informações, declarando ter excluído da denúncia Andréa Mendes de Almeida, com base na lei processual penal e que desta decisão o reclamante não recorreu, apenas formulou a presente reclamação.

O doutor procurador geral de justiça opinou pelo não-conhecimento da reclamação. Acaso seja conhecida, deverá ser improvida.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

Analisando os autos, vê-se que o despacho impugnado é de 15 de fevereiro de 1995, cuja intimação ocorreu em 17 de fevereiro desse mesmo ano, data da formulação da reclamação. Não

houve interposição de outro recurso.

A exclusão de um dos acusados quando do recebimento da denúncia é considerada rejeição parcial da exordial acusatória. Contra o não-recebimento da denúncia, seja ele total ou parcial, o Código de Processo Penal, em seu art. 581 I, estabelece o recurso em sentido estrito. Esse era o meio processual idôneo para o reexame e a reforma da decisão.

A reclamação é uma providência administrativo-judiciária destinada a corrigir erro ou abuso que importe inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais, ou que embarace o andamento regular dos recursos. Só é admissível quando não houver recurso específico para impugnar o ato judicial.

Nos presentes autos, o ilustre promotor não interpôs o recurso próprio, previsto na legislação processual penal, para atacar o despacho impugnado. Preferiu formular a reclamação, meio impróprio para atingir o objetivo visado pelo autor.

A impropriedade do meio utilizado para a correção do ato judicial impugnado gera a inadequação da pretensão à satisfação do interesse do autor, resultando na falta de interesse de agir.

Com essas razões, não se conhece da reclamação, devendo ser a mesma arquivada.

Salvador, 12 de junho de 1995.
Dermeval Bellucci — Presidente. Jatahy
Fonseca — Relator.

**RECLAMAÇÃO PROCESSUAL.
FALTA DE DOCUMENTOS COM-
PROBATÓRIOS DAS ALEGA-
ÇÕES DO RECLAMANTE E
DESCUMPRIMENTO DO § 2º DO**

ART. 157 DO RI DO TJ/BA, DE
REFERÊNCIA À TEMPESTI-
VIDADE DA RECLAMAÇÃO.
NÃO-CONHECIMENTO.

Recl. Proc. 22.942-7. Relator: Des.
DERMEVAL BELLUCCI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de reclamação processual 22.942-7, de Formosa do Rio Preto, tendo como reclamante Oswaldo Santos Parizotto e reclamado o doutor juiz de direito da comarca.

Acordam, unanimemente, os desembargadores integrantes do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça da Bahia em não conhecer da reclamação, e assim o decidem tendo em vista que:

Trata-se de reclamação processual oferecida com base no art. 157 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

“Na falta de recurso previsto em lei, ainda que com efeito só devolutivo, caberá reclamação visando a correição de atos ou despachos judiciais que importem em submissão ou tumulto da ordem processual, ou embarcem o andamento dos recursos”, constando do seu parágrafo único o seguinte:

“Instruirão a inicial documentos e certidões que comprovem não só o despacho reclamado, como também a tempestividade do pedido”.

Ora, inobstante os fundamentos expendidos na peça vestibular, não juntou o reclamante nenhum documento que comprovasse as alegações, a não ser uma cópia xerografada de uma carta

precatória expedida ao doutor juiz de direito da comarca de Santa Rita de Cássia, relativa ao cancelamento e nulidade de um registro imobiliário datado de 11 de maio de 1994, que pouco ou quase nada esclarece.

Assim, se por um lado não se encontra a reclamação devidamente instruída com documentos convincentes, não comprovou, igualmente, o reclamante a tempestividade da reclamação oferecida, descumprindo o quanto prescreve o § 2º do artigo já citado do Regimento Interno do Tribunal, daí por que merece total acolhida o entendimento do doutor procurador geral de justiça, não se conhecendo da reclamação.

Salvador, 25 de março de 1996. Aloísio Batista — Presidente. Dermeval Bellucci — Relator.

SEPARAÇÃO JUDICIAL. DECLARAÇÃO DE PARADEIRO INCERTO DO EX ADVERSO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. DOLLO. ENDEREÇO CONHECIDO. VANTAGEM OBTIDA. PRETENSÃO VITORIOSA. CURADOR À LIDE. MUNUS MAL DESINCUMBIDO. APATIA. PREJUÍZO. DEFESA CERCEADA.

Age com dolo o litigante que, maliciosamente, oculta o endereço do seu ex adverso, resultando para este prejuízo, impedido que foi de ser citado pessoalmente e se defender. A nomeação do curador à lide visa suprir a defesa do réu ante a possibilidade de que lhe tenha escapado a efetiva ciência da demanda noticiada no edital. O

oferecimento de defesa por parte do curador é uma necessidade fundada no contraditório. A ausência implica em cerceamento de defesa, e mais ainda a concordância do pedido do adversário. Exegese dos incs. III e V do art. 485 do Código de Processo Civil. Caracterização. Ação procedente.

Ação Resc. 12.281-6. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação rescisória 12.281-6, de Saúde, estado da Bahia, tendo como autora Kátia Valéria Carvalho Brito e réu José Francisco Moura dos Santos.

Acordam os desembargadores componentes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, fazendo integrar ao presente o relatório de fls. 129 a 132, em julgar procedente a ação, pelas razões a seguir expostas:

Como constou do relatório, a autora indicou como violados os incs. III e IV do art. 485 supramencionado, infringência essa consistente em dolo da parte vencedora, em detrimento da parte vencida, e violação de disposição de lei.

A rigor, o inciso desobedecido seria o V do art. 485 do Código de Processo Civil, e não o IV, como constou da inicial.

A alegação é que a decisão rescindenda, ao julgar procedente a ação de separação judicial, fez vitorioso o seu *ex adverso*, que, dolosamente, declarou ser incerto o seu paradeiro, quando não o era, e, apesar de ter-lhe sido nomeado curador à lide, este não cumpriu sua função, cerceando-lhe a defesa, por inobservância dos princípios do devido

processo legal e do contraditório.

É sabido que a citação é o ato que dá início ao desenvolvimento válido do processo. A partir dela, instaura-se o indispensável contraditório no processo; sem ela, a relação processual não se aperfeiçoa e torna-se inútil e inoperante a sentença; todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade.

A regra geral é que a citação deve ser feita pessoalmente ao réu. Somente de forma excepcional a lei admite a citação por edital, desde que atendidos as formalidades e requisitos legais (CPC, arts. 231, I, 232 e 233).

In casu, ao ajuizar a ação de separação judicial (por fotocópias às fls. 22/23), o aqui réu alegou ter a autora residência ignorada e requereu sua citação por edital.

Na mesma peça, no item intitulado Da separação, o aqui réu diz:

“O requerente, no dia 25 de abril de 1991, quando chegou em casa, ficou surpreso, uma vez que sua esposa abandonou o lar sem deixar qualquer satisfação, indo para *Senhor do Bonfim* (destaquei).

Uma semana após a separação, a requerida veio de forma ‘surrateira’, levou a criança, Marlos Afonso Wanderley Brito Neto, indo morar em casa de sua mãe em *Senhor do Bonfim*” (destaquei) (fl. 22).

Ora, de acordo com o que foi dito pelo próprio réu, desde aquela época, ele sabia onde encontrar a autora.

Ao qualificar a autora na inicial de separação, afirmou ser ela estudante.

Não dispondo de meios para sozinha se manter, é óbvio que, ao se separar, a autora retornaria à casa paterna, sita na rua Jacobina, 182, Senhor do Bonfim (fls. 12 e 13), fato este sabido e confessado pelo próprio réu.

Como já dito, o endereço da autora era conhecido do réu. É o que se depreende da leitura de suas declarações na peça de defesa:

"... foi tomado de surpresa quando ao retornar ao trabalho foi informado que sua esposa fugira, (...) e indo morar, à época, em companhia de sua genitora, na cidade de Senhor do Bonfim (destaquei).

(...)

Com a separação, a cada dia que o requerido ia visitar seu filho..." (destaquei) (fls. 78/79).

Ainda que a mãe da autora não residisse em Senhor do Bonfim, mas em Pindobaçu, haveria o autor, sem muito esforço, de obter seu endereço, uma vez que se trata de pessoa pública, concorrendo na época à prefeitura daquela localidade.

Quanto à alegação de ter ido a autora morar em Salvador, sem que ele, réu, tivesse acesso ao seu endereço, também não procede. Ora, o réu esteve várias vezes na casa que disse desconhecer onde fica, casa essa de propriedade da mãe dela, autora (bem como a de Senhor do Bonfim e a de Pindobaçu), para passar férias, inclusive, após a separação.

Realmente, a requerente, aqui autora, morava com sua genitora em Senhor do Bonfim, na rua Jacobina, 182, como já foi dito. E lá poderia ser encontrada, raras as vezes que se ausentava da cidade para cuidar de assuntos pessoais em Pindobaçu ou em Salvador.

Sabendo onde a autora poderia ser encontrada, o procedimento adequado a ser adotado pelo réu seria requerer sua citação por meio de carta precatória para a comarca de Senhor do Bonfim, onde a autora reside com a mãe, endereço por demais conhecido por ele.

É indubitoso que José Francisco Moura dos Santos, aqui réu, não se empenhou em declarar o endereço da autora, sua mulher, e de quem estava separado. Nem tinha interesse. Seu objetivo era tê-la como revei e, como consequência, a pecha de cônjuge culpada.

Caracterizado está, portanto, o dolo do réu, ao ocultar, maliciosamente, o endereço da aqui requerente na ação de separação judicial, do qual lhe adveio o prejuízo, impedida de se defender, a ponto de resultar da total procedência de dita ação. Tal circunstância permite a rescisão da sentença, conforme disposto no art. 485, III, 1ª parte, e art. 14, II, ambos do Código de Processo Civil.

A citação editalícia que daí se seguiu implica, sim, em violação a literal disposição de lei.

Nesse sentido são os julgados dos tribunais pátrios:

"Se a parte vencedora, em processo de divórcio, influenciou o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade, procedendo com deslealdade e dolo, culminando a sentença em favorecê-lo, com prejuízo processual do adversário, procedente é a rescisória para anular o processo *ab initio* (TJ-PR, 2º Gr. Câm. AR 9/84, rel.-des. Negi Calixto)" (*in Código de Processo Civil Anotado*, Alexandre de Paula, v. 2, nota 119 ao art. 485).

"Basta a afirmativa do autor, relativa à circunstância de que o réu está em lugar incerto e não sabido, para justificar a citação por edital. Entretanto, provado que o mesmo tinha conhecimento da residência do réu, tal procedimento há que ser tido por doloso, sendo certo, ainda, que a própria lei processual assim o considera (TJ-MG, Câms. Reuns., AR 1.010, rel.-des. Guimarães Mendonça, 97 e 100/71)" (*in Código de Processo*

Civil Anotado, Alexandre de Paula, v. 1, nota 8 ao art. 232).

Além do mais, milita em favor da autora o fato de o curador especial que lhe foi nomeado (CPC, art. 9º, II) não se ter desincumbido do *munus*.

A nomeação de curador especial visa suprir a defesa do réu, ante a possibilidade de que lhe tenha escapado a efetiva ciência da demanda, notificada em edital.

Na lição de Cândido Dinamarco, é necessário defender o ausente, assegurando que "a exigência de defesa do revel tem fundamento no princípio do contraditório, pois não se sabe se ele não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação" (*in Código de Processo Civil Anotado*, Alexandre de Paula, v. 1, nota 18 ao art. 9º).

É certo que o art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil, isenta-o da obrigação de impugnar especificamente os fatos alegados pelo proponente da ação. Mas há de haver defesa.

Esse é o entendimento esposado por nossos tribunais:

"Divórcio. Separação judicial. Réu citado por edital. Julgamento antecipado da lide. Impossibilidade. Só pelo fato de não haver contestação não pode a ação de conversão de separação judicial em divórcio ser julgada antecipadamente (art. 37 da Lei 6.515/77) quando o réu foi citado por edital, porque, nesse caso, é de rigor a nomeação de curador especial (art. 9º, II, CPC), que obrigatoriamente oferecerá contestação" (*in RT* 693/197).

E, como se não bastasse, o curador especial concordou com o pleito do aqui réu (fl. 48v) e omitiu-se: não ofereceu contestação, não inquiriu testemunhas e nem apresentou razões finais.

Presentes, portanto, estão os requi-

sitos autorizadores da rescisão da sentença, seja ele o dolo da parte vencedora, seja violação de literal disposição de lei.

Em face de todo o exposto e por tudo o que mais dos autos consta, julga-se totalmente procedente a ação para desconstituir a decisão rescindenda, anulando o processo a partir da citação, devolvendo-se os autos para a instância inferior para que se proceda à abertura de prazo para contestação e posterior instrução e julgamento. Condene o réu no pagamento das custas processuais, honorários de advogado à base de 20% do valor da causa, além da multa de cinco salários mínimos, equivalente à multa a que se refere o art. 233 do Código de Processo Civil. Devolvido, fica à autora o depósito por ela efetuado quando do ajuizamento da ação.

Salvador, 26 de outubro de 1995.
Dermeval Bellucci — Presidente.
Ayrton Freitas — Relator.

AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Constatação de cerceamento de defesa e de desprezo da competência judiciária para apuração de ilícitos penais supostamente praticados por militar. Ofensa a preceitos de normas constitucionais cogentes. Nulidade absoluta. Recurso provido. Sentença reformada. Nulidade do ato administrativo. Reintegração na posse.

Ap. Cív. 16.062-7/94. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 16.062-7/94, da Capital, em que figuram como apelante Mozaniel Joaquim Simões e apelado o Estado da Bahia.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, reformando a sentença impugnada e assim conceder a pleiteada reintegração de posse, considerando:

Os fatos denunciados como tendo sido de prática reiterada pelo autor-apelante são graves; mereciam, portanto, maior e melhor apuração, facultando-se ao acusado a mais ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes, nos termos do suporte máximo da cidadania — a Constituição da República —, protetor excelso dos direitos do brasileiro, pobre ou rico, inocente ou culpado, civil ou militar, mas cidadão.

Induvidoso que, depois de 5 de outubro de 1988, o respeito aos direitos individuais tornou-se mais imperativo; as normas de sua proteção mais respeitadas e isso nasceu desta entre outras imposições, a saber: a todo direito afirmado corresponde uma ação que o assegure (desde 1916); porém, somente nos últimos anos, com o devido processo legal e a fundamentação das decisões, ainda que administrativas, como forma de garantia de que os fatos a que se quer fazer incidir as normas constitucionais, criteriosamente valoradas, veio a ser meio e forma de obtenção de séria prestação jurisdicional.

Neste caso, a um militar com mais de nove anos de caserna, sofrendo pesadas acusações, não lhe foi dado o direito de indicar testemunhas e de vê-las ou-

vidas, já que a prova acusatória foi toda testemunhal, sem que pudesse opinar sobre as pessoas inquiridas.

Foi, e disso os autos dão conta, uma apuração de superior para com inferior, na qual o contraditório não foi permitido, por ser uma questão de princípio, menos entre militares, apurando faltas de subordinados hierárquicos. Uma mera sindicância era suficiente para excluir *ex officio* um servidor com quase 10 anos de serviço, até então sem antecedentes anotados e tornados irrefutáveis.

Pleiteadas a anulação castrense e a conseqüente reintegração da posse, ainda uma vez o contraditório não se fez plenamente, já que se entendeu que a hipótese era de aplicação do disposto no art. 330, I, do Código de Processo Civil, isto é, de julgamento antecipado da lide, conforme o estado do processo, porque a questão de mérito a ser dirimida era unicamente de direito. Mas, e os fatos sobre os quais se faria mais tarde recair o direito?

Os fatos foram refutados pelo excluído, autor da ação reintegratória, ficando como verdade sabida à luz de testemunhos irrefutados porque escolhido pelo sindicante, depois de prévio trabalho sigiloso (a sindicância diz isso na fl. 6). Mas, o militar excluído, autor da ação de que se cuida, requereu ensejo para provar o que alegou em sua inicial (fl. 4). Não lhe deram ouvidos, no quartel e na Justiça do primeiro grau de jurisdição.

Se lhe pesava à responsabilidade a prática de atos delituosos graves, repita-se, instaurou-se inquérito policial, houve denúncia-crime formulada pelo Ministério Público, houve condenação ou absolvição, qual o resultado de tudo?

Ou tudo não passou do trabalho sigiloso do sindicante no preparo dos testemunhos para a exclusão sumária? Isso a Justiça deveria ter apurado, impondo-se instrução probatória, na qual todos sairiam vencedores, principalmente a Justiça, que deve ser sempre o último refúgio dos acusados, principalmente na condenação dos culpados, como na absolvição dos inocentes, até mesmo pela dúvida que deve beneficiar os réus.

Não é sem razão que nestes autos se encontra o judicioso parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 87/91), arrematando:

“Por não ter sido respeitado o princípio da competência judiciária para apuração dos ilícitos penais e pela ausência total de defesa na apuração sumária, somos pela reforma da sentença, para o efeito de ser cassado o ato funcional que licenciou o apelante, resguardado o direito de se buscarem as vias competentes para apuração e punição dos ilícitos penais”.

Por essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, dá-se provimento ao recurso, reformando-se a sentença impugnada, e, assim, anula-se o ato administrativo de exclusão do autor-apelante, sem prejuízo da apuração dos ilícitos penais que se lhe atribuem.

Salvador, 4 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

ACÇÃO CAUTELAR INOMINADA.

O pagamento das prestações de financiamento para aquisição de imóvel junto a instituição fi-

nanceira por terceira pessoa em nome do devedor, como forma correspondente a pagamento de aluguel, em virtude de locação entre eles celebrada, não gera a presunção de cessão dos direitos relativos àquele imóvel a essa terceira, tanto mais por inexistir qualquer declaração nesse sentido do proprietário-devedor. Ausente a aparência do bom direito e, por consequência, temor de dano, incabível o decreto de acautelamento. Recurso provido. Agr. de Inst. 15.105-3. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 15.105-3, em que figuram como agravante José Ático de Souza Filho e como agravados Paulo Roberto da Silva Trindade e sua esposa, Maria de Fátima Martins da Silva Trindade.

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

Em ação cautelar inominada, proposta incidentalmente perante o juízo da 7ª Vara Cível desta Capital, os agravados requereram e lhes foi concedida liminar, *inaudita altera pars*, através da decisão de fl. 2, nos seguintes termos: “Concedo a liminar, em cognição sumária, à vista da prova anexa e por verificar, *in casu*, a ocorrência das condições da ação cautelar, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Oficie-se ao setor de financiamento imobiliário do Banco Econômico, determinando-

se-lhe que somente receba as prestações de financiamento do imóvel situado na rua das Araras, 95, Ed. Ibijaú, aptº 304, Imbuí, nesta Capital, diretamente de um dos autores, fornecendo-lhes os respectivos recibos”.

Irresignado, o requerido interpôs o recurso de fls. 2/14, hoje denominado apenas de agravo, por força da nova redação dada pela Lei 8.950/94 ao art. 496 do Código de Processo Civil, aduzindo jamais ter cedido aos agravados os direitos que detém sobre o imóvel referido, daí não poder transferir-lhes, sequer ter prometido transferir, o financiamento por ele adquirido junto ao Banco Econômico S/A.

Revela que tal imóvel, em verdade, encontra-se alugado aos agravados através do contrato de locação de fl. 15, desde setembro de 1984, e, por força do pactuado — cláusula 19 —, obrigaram-se a pagar todas as despesas a ele relativas, incluindo-se taxa condominial, tributos, ficando acertado, ainda, que pagariam, a título de aluguéis, os valores correspondentes ao financiamento.

Por fim, sustenta encontrarem-se ausentes os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, argumentando, ademais, ser nula a liminar deferida, eis que, além de desprovida de motivação, a teor do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição Federal, fora concedida sem prestação da devida caução, ante o estabelecido no art. 804 do Código de Processo Civil. Pede, então, seja desconstituída a liminar, para determinar ao Banco Econômico que expeça os carnês de pagamento referentes ao Contrato de Mútuo entre eles firmado, em seu favor, como “ordinariamente” vinha ocorrendo.

Deferido e formado o recurso, os

agravados, em suas contra-razões de fls. 151/155, afirmam que pela cessão dos direitos sobre o imóvel, embora não tenham celebrado o respectivo contrato, pagaram ao agravante, em agosto de 1985, o preço de Cr\$10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), através do cheque de fl. 134, ficando acertado entre eles que o agravante transferir-lhes-ia o financiamento, o que, entretanto, nem após a notificação foi cumprido, pois estaria exigindo “mais um dinheiro”.

Aduzem, ainda, que a liminar concedida apenas determinou que o pagamento do financiamento fosse por eles e em seus nomes mantido, tal como vinha ocorrendo por quase 10 anos, sem oposições do agravante, salientando que a respectiva decisão, além de não ter gerado prejuízo ao requerido, encontra-se exaustivamente fundamentada, sendo desnecessária, no caso *sub judice*, a prestação de caução. Esperam, assim, seja mantida a decisão impugnada, negando-se provimento ao agravo interposto.

Mantida a decisão agravada, fl. 158, subiram os autos à superior instância. Aqui, distribuídos para esta colenda Primeira Câmara Cível, coube-me, mediante sorteio, a função de relator. Tudo bem examinado, elaborei e lancei este relatório, que ora submeto à apreciação e censura do eminente desembargador-revisor.

É o relatório.

O processo cautelar, como sabido, pressupõe receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Nele, não se investiga em profundidade o mérito da pretensão do autor na ação principal; apenas se avalia ser

razoável a demonstração do direito invocado, limitando-se à existência do *fumus boni juris*, isto é, da aparência do bom direito, somada ao *periculum in mora*, ou seja, o risco de algum dano no curso da lide.

E dentro da perspectiva apontada, não há que cogitar presentes os requisitos mencionados, que justificassem, assim, o decreto de acautelamento, malgrado ter sido concedida a liminar na ação cautelar incidental.

Em princípio, não há prova da plausibilidade da existência do direito invocado pelos agravados.

Comprova-se, sim, que agravante e agravados firmaram entre si contrato de locação do imóvel mencionado (fl. 15), de propriedade daquele, cujo prazo, pelo que se depreende, vigora em tempo indeterminado desde dezembro de 1985 e por força do qual (cláusula 19) os agravados, ditos locatários, estariam, como efetivamente ficaram, obrigados a arcar com todas as despesas relativas ao mesmo, incluindo-se, entre elas, taxas ordinárias de condomínio, impostos e outras tantas que recaíssem sobre o objeto dado em locação, aliás com que evidenciaram estar honrando.

Ademais, o cheque de fl. 134, através do qual afirmam ter pago ao agravante a suposta cessão dos direitos do imóvel referido, não se presta para comprovar tal assertiva, eis que nem nominal fora emitido, podendo, deste modo, referir-se a outras tantas transações celebradas pelos agravados.

Ao lado disso, não se revela a possibilidade de lesão grave ao direito, se existente, dos agravados. O não-pagamento da prestação do financiamento por eles, não-devedores, não pode acarretar-lhes perdas ou prejuí-

zos. E, caso ainda assim entendesse, há, pelo que pretendem, previsão legal do meio processual adequado para se consignar o pagamento das respectivas prestações.

Assim, diante da ausência dos pressupostos indispensáveis à concessão de liminar, dá-se provimento ao recurso e, em consequência, anula-se a liminar concedida, determinando ao setor financeiro do Banco Econômico S/A, através de ofício, a suspensão daquela decisão até ulterior julgamento.

Salvador, 4 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. SENTENÇA SUBSTITUTIVA DA DECLARAÇÃO DE VONTADE.

Não se deve pronunciar nulidade quando possível a decisão de mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração do vício (CPC, art. 249, § 2º). O deferimento da adjudicação compulsória se assenta em dois suportes: registro do contrato de promessa de compra-e-venda e integral quitação do preço ajustado. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro (CC, art. 1.092), e a obrigação só se extingue, considerando-se pagamento o depósito judicial da coisa devida, nos casos e formas legais (idem, art. 972). Inexiste direito de adjudicar sem pagamento integral do preço avençado. E a

inexistência do direito conduz inexoravelmente à improcedência da ação de adjudicação compulsória. Preliminares rejeitadas. Recurso provido.

Ap. Cív. 5.391-6/92. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 5.391-6/92, de Esplanada, em que figuram como apelante Zenaide dos Santos Brito e apelada a empresa Torras Brasil S/A — Indústria e Comércio de Celulose.

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

Em primeiro lugar, aplica-se o disposto no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, e assim não se pronunciam prováveis nulidades cuja declaração aproveitaria à parte recorrente, a que não mais se devem causar prejuízos, máxime no que tange ao Estado-juiz.

Josafá Gonçalves Brito e sua mulher, dona Zenaide dos Santos Brito, e a empresa Torras Brasil S/A — Indústria e Comércio de Celulose celebraram compromissos de compra-e-venda (fl. 6/17), mediante os quais aqueles prometeram vender a esta as fazendas Poço Periperi e Riacho Escuro, respectivamente, medindo 300 e 700 hectares, pelos preços acertados de Cr\$129.000,00 e Cr\$301.000,00, perfazendo, assim, Cr\$430.000,00, ficando pactuado que o pagamento das duas propriedades seria feito, da seguinte

forma, pela primeira: Cr\$29.640,00 como sinal e quatro prestações iguais de Cr\$24.840,00, vencíveis de três em três meses; pela segunda: Cr\$69.160,00 como sinal e quatro prestações iguais de Cr\$57.960,00, vencíveis de três em três meses.

A promitente-compradora pagou ao todo, pela primeira, o sinal e uma prestação, somando-se Cr\$54.480,00; pela segunda, o sinal e uma prestação, somando-se Cr\$127.120,00. Valendo-se de cláusulas contratuais (5ª e 12ª), a promitente-compradora, unilateralmente, sem a participação dos promitentes-vendedores, por seu preposto (engenheiro florestal José Brás Gozzer), realizou verificação nas áreas a serem adquiridas, nelas encontrando apenas, segundo os memoriais descritivos (fls. 18 a 25), respectivamente, 120 e 337 hectares e frações.

A respeito de tal verificação, que reduziu as áreas de suas propriedades de 1.000 para 457 hectares, os promitentes-vendedores não tiveram o direito sequer de discutir pelos meios em direito permitidos. Assim, a promitente-compradora deu-se ao luxo de reduzir o valor da prometida alienação, de Cr\$430.000,00 para Cr\$196.000,00 e fração. E, segundo ela, como já havia pago Cr\$181.000,00, restavam-lhe, a seu exclusivo critério, cerca de Cr\$15.000,00.

Que fez a promitente-compradora, em lugar das ações adequadas pelo devido processo legal, isto é, *actio quanti minoris* em processo de conhecimento, pelo procedimento comum ordinário e, depois, conforme o resultado, ação de adjudicação compulsória, para obter sentença substitutiva? Reduziu, por conta própria, as áreas dos imóveis prometidos; dali atribuiu preços; em

seguida, estabeleceu seu débito mais de dois anos da transação, a saber: Cr\$15.340,00 (em 22.08.76). Que fez, no lugar de propor a competente ação de consignação em pagamento, para extinção da obrigação (arts. 972/984 do Código Civil e 890/899 do Código de Processo Civil), já que não deduzira pretensão em juízo para desfazer o negócio, pleitear complementação da área e ou reduzir o preço? Ajuizou ação de adjudicação compulsória sem ter quitado o preço do negócio; mas isso era questão de somenos, para quem tanto já fizera. Ajuizou a ação e ficou esperando a boa vontade da zelosa serventuária, escritã Ofélia Penalva, que, em 20 de outubro de 1978 (termo de depósito, de fl. 42), recebeu na Sala das Audiências do Juízo, presentes o juiz de direito, além do Bel. Milton Moreira de Oliveira, procurador da promitente-compradora e autora da ação de adjudicação compulsória; o Bel. Antônio da Silva Rezende, procurador dos promitentes-vendedores, recebeu os Cr\$15.340,00 a título de quitação da dívida, habilitando, assim, a Torras Brasil S/A a prosseguir na empresa a que se abalançava sem rodeios, agora por ilustre patrono.

Mas, somente a escritã Ofélia Penalva assinou o denominado termo de depósito, presenciado por tantas autoridades, sobretudo pelo juiz de direito e pelo advogado da parte contrária, não se fazendo qualquer referência ao destino do dinheiro naquele instante, depositado sob o testemunho de tantas pessoas ilustres. Assim, deu-se amparo (segundo alguns) à caminhada com destino à aquisição do domínio, quase sem pagamento do preço (por muito menos da metade do pactuado). Vem, em seguida, a parte mais deplorá-

vel, para não se dizer outra coisa, em tudo isso, antes da judiciosa e festejada sentença.

Desde 22 de outubro de 1978 (segundo o termo de depósito), os Cr\$15.340,00 ficaram em poder da escritã. O antigo juiz de direito, que teria presidido o estranho termo de depósito, foi promovido, deixando a comarca. Outro o sucedeu naquele juízo, Dr. Ademar Marques de Lacerda.

Então, em 16 de julho de 1984 (fls. 107/108), a escritã emitiu cheque nominal daquela importância em favor do novo juiz, Dr. Ademar Marques de Lacerda. Mais tarde, o novo juiz pediu à zelosa escritã a substituição do velho cheque nº 932.176, que não fora descontado em tempo hábil. Em 11 de fevereiro de 1985, a escritã emitiu, em substituição, o cheque nº 093.064, também contra o Baneb, em favor do mesmo juiz, Dr. Ademar Marques de Lacerda, no mesmo valor de Cr\$15.340,00. Este foi recebido pelo favorecido, Dr. Ademar Marques de Lacerda (fl. 105). Decerto, o nobre magistrado deu destinação adequada àquela importância. Quanto a isso, entretanto, somente ele pode falar, já que os autos não noticiam a tal respeito.

Há, em tudo isso, uma certeza: a recorrida Torras Brasil S/A — Indústria e Comércio de Celulose não recebeu a posse das fazendas Poço Periperi e Riacho Escuro, com áreas respectivas de 300 e 700 hectares, aproximadamente, segundo uma unilateral documentação. Realizou verificação por preposto seu. Diz que somente encontrou 457 hectares, menos da metade. A seu alvedrio e de seu modo, reduziu o preço de Cr\$430.000,00 para Cr\$196.000,00. Como já houvera

pago Cr\$181.000,00, devia pagar mais Cr\$15.000,00 (aproximadamente). Realizou, em juízo, ou melhor, em cartório, operação sem forma ou figura de juízo, sem validade jurídica, para o fim desejado, isto é, para extinguir obrigação e autorizar adjudicação compulsória.

Os alegados tropeços processuais e procedimentais, ainda graves, seja por afirmado cerceio de defesa, seja pela falta da necessária presença do Ministério Público, diante de alegados interesses de incapazes, com a morte do réu varão (promitente-vendedor), sucedido processual, seja também pela afirmada carência de ação por falta de quitação do preço, o certo, contudo, é que é de bom alvitre a aplicação do disposto no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil, considerando que as suscitadas nulidades, se pronunciadas, a declaração beneficiaria tão-somente os prejudicados com a sentença impugnada. Logo, doutrina e jurisprudência se irmanam para a melhor prestação jurisdicional, no sentido de decidir-se o mérito da causa em favor deles. Rejeitam-se as preliminares.

Isso posto, convém, de logo, conceituar o que se tem por contrato de promessa de compra-e-venda. Segundo a melhor doutrina entre nós: "É de natureza imobiliária, sendo tido como um acordo de vontades por meio do qual as partes se obrigam a efetuar, nas condições estabelecidas e de acordo com os preceitos legais, uma escritura definitiva de compra-e-venda, assim que for pago o preço ajustado" (*Da Adjudicação*, de Nydia Fischer Lacerda de Azevedo, Forense, 1984, p. 105).

A opinião majoritária dos doutores é no sentido de que se trata de "uma

figura de caráter obrigacional, é uma obrigação de fazer". Fora de dúvida é que a adjudicação compulsória, objeto deste processo, "se verifica em função da irretratabilidade do contrato e do pagamento integral do preço e não em consequência do seu registro" (*idem*, *idem*, p. 109/110).

Duas condições estão fora de discussão: registro do contrato de promessa de compra-e-venda e quitação do preço ajustado, para deferimento da adjudicação compulsória. A doutrina não destoa desse entendimento, como a jurisprudência, com a Suprema Corte à frente está assente, é remansosa e está pacificada.

As normas que norteiam a exigência das obrigações nos contratos bilaterais estão contidas nos arts. 1.092 do Código Civil e 640 do Código de Processo Civil. Na hipótese de que se cuida, o arremedo de depósito realizado perante a escritã, sem forma nem figura de juízo, depois pago pela escritã a um juiz de direito, através de cheque nominal ao magistrado, diverso daquela época do pseudodepósito, como daquela sentença, não se pode ter como pagamento dos Cr\$15.000,00 (mais ou menos), segundo o desejo do devedor inadimplente.

Muito menos como resgate da verdadeira dívida estipulada no contrato de promessa de compra-e-venda, que era, já fazia muitos anos, no valor de Cr\$234.000,00 e não de Cr\$15.000,00. De qualquer sorte, pagamento do preço contratualmente ajustado não houve; logo, não se admite ação de adjudicação compulsória sem prova indubitosa de pagamento do preço na forma pactuada, máxime quando a prova é inequívoca, porém, em sentido contrário, isto é,

de que não houve pagamento do preço avençado, inclusive pela confissão do próprio autor, quando promove meios de alcançar o domínio mediante redução unilateral do preço combinado, à margem da lei e do contrato e, ainda, contra a vontade do outro contratante.

Nosso direito doutrinário segue firme na linha do entendimento segundo o qual "a sentença que declara a inexistência do direito de o autor obter a alteração da situação jurídica antecedente é de improcedência. É apanágio da teoria abstrativista que a sentença de improcedência diz inexistente o direito material que o autor quer ver protegido através da ação, e deflui daí a autonomia desta com relação àquele outro direito" (Ricardo Arcoverde Credie, *in Adjudicação Compulsória*, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 58).

Por sua vez, nossa jurisprudência, liderada pela Corte excelsa, tem-se firmado uníssona na linha de que "o compromisso de venda-e-compra de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais" (Súmula 413). Em sede de doutrina, não se pode passar ao lado, senão no seu bojo, para considerá-la, da teoria do mestre Calmon de Passos (em seu trabalho publicado na *Revista Forense* 285, p. 23/28).

Enquanto não integralizada e paga, o contrato não se aperfeiçoa, inexistindo direito à adjudicação. E Waldemar Ferreira Martins, em sua obra *O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações*, leciona: "O compromisso de venda-e-compra é o contrato preliminar de uma venda futura, a efetivar-se assim que seja pago o preço integral".

A questão da possível entrega de dinheiro (Cr\$15.340,00) à escrivã Ofélia Penalva, que, por sua vez, possivelmente, fez entrega particular e nominalmente a um juiz anos depois, interessa direta e imediatamente à recorrida e a seu ilustre patrono; somente aos órgãos de correição do Poder Judiciário deve interessar, para apuração e possível punição dos responsáveis, seja serventuária, ou mesmo magistrado, cabendo, se assim se dispuser, a quem pagou pouco e mal, agir conforme o direito, isto é, o ordenamento jurídico brasileiro.

À vista do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, dá-se provimento ao recurso e, em consequência, reforma-se a sentença, julgando-se improcedente a ação de adjudicação compulsória, invertidos os ônus da sucumbência. Ocorrido o trânsito em julgado, notifique-se o oficial de Registro de Imóveis competente para proceder ao cancelamento da transcrição imposta em cumprimento da sentença reformada.

Extraiam-se cópias autênticas das seguintes peças dos autos, encaminhando-as à Corregedoria Geral da Justiça, para os fins de direito, em relação à escrivã Ofélia Penalva e ao juiz de direito Ademar Marques de Lacerda, considerando os atos que praticaram, no exercício de seus cargos, trazidos a este processo: fls. 42, 83, 88, 96, 97/100, 102/103, 104/106, 112/113.

Salvador, 6 de setembro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE

PARTILHA. CARÊNCIA DE AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

Pleiteado arrolamento na forma dos arts. 1.031 e seguintes do Código de Processo Civil, no qual reponta como premissa necessária a partilha amigável, ainda não realizada, que se faz necessária mesmo que ocorra a venda dos bens do espólio. Falta ao herdeiro, que não participou do arrolamento, interesse em requerer a anulação daquele ato, que haverá ainda de ser realizado, já que sucede à finalização do procedimento adotado.

Ap. Cív. 3.782-9/92. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 3.782-9/92, em que figuram como apelante Renilza Maria Santana, representando o menor Daniel Santana Reis, e como apelado Carlos Alberto de Castro Sampaio Reis.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em extinguir o processo sem julgamento do mérito, considerando:

Registra-se, na espécie, ação de anulação de partilha amigável, requerida por herdeiro incapaz, que, não tendo participado do arrolamento, com trâmite no juízo da 4ª Vara de Família desta Capital, fundado nos arts. 1.031 e seguintes do Código de Processo Civil, alega ter o seu direito prejudi-

cado pela partilha homologada, sobretudo porque havia se habilitado, em tempo hábil, mas que, ainda assim, dela fora excluído.

Em face do sistema processual vigente, poderá o arrolamento — espécie de inventário e partilha — ser requerido quando todos os herdeiros, sendo capazes, “convierem em fazer a partilha amigável dos bens do espólio, qualquer que seja o seu valor”.

O que se destaca nessa modalidade de arrolamento é a partilha amigável, pela qual o juiz não examina sua justiça; apenas declara válido o ato jurídico. Nota-se, por conseguinte, que a partilha amigável reponta como premissa necessária do arrolamento.

Em sua efetivação, insta haver convergência unânime da vontade de herdeiros e cônjuge-meeiro, caracterizando-se, precipuamente, por ser um ato formal, podendo, no entanto, ser processada por escritura pública, que se faz perante um notário, dispensada toda e qualquer ingerência judicial, imune à formalidade homologatória; por termo nos autos, independentemente de homologação, mas necessária certidão desse termo; e por escrito particular, cuja eficácia exige homologação por sentença do juiz.

Mas, seja qual for a sua forma, a partilha amigável há, sempre, de suceder à finalização do procedimento do arrolamento, pressupondo já apurado o monte partível, e cumpridas a liquidação do imposto de transmissão *mortis causa* e juntada de certidões negativas de dívidas tributárias.

É a partilha, portanto, o momento hábil para dar aspecto legal à transmissão dos bens da pessoa falecida aos seus sucessores, inclusive para evitar possi-

veis fraudes ou artifício prejudicial a terceiros, demarcando-se, coincidentemente, com o término do arrolamento, já que, como dito, constitui-lhe premisa necessária.

Dai, aperfeiçoada a partilha, com observância de seus pressupostos e forma, os quinhões integram-se no patrimônio particular, ou seja, a comunhão hereditária, até então existente, extingue-se com a partilha dos bens entre os herdeiros.

Em que pese tais colocações, pode a partilha amigável, feita e julgada, ser suscetível de alterações, urgindo a sua desconstituição, através de demanda judicial, principalmente em relação àquele herdeiro que dela não participou.

No diploma processual, a disciplina do tema abrange a partilha anulável, eis que, como ato jurídico que é, poderá ser anulada por motivo, de igual forma, que nulifica todo negócio jurídico.

Em sendo assim, o herdeiro Daniel Santana Reis, tendo o seu direito prejudicado, porquanto excluído da partilha, requereu, então, sua anulação, dizendo-a realizada e homologada perante o juízo da 4ª Vara de Família desta Capital.

Sucedendo que, de fato, inexistia partilha amigável nos autos do arrolamento citado, para que justificasse, assim, o cabimento da causa anulatória ora proposta pelo apelante. Aliás, nota-se que aquele procedimento, surpreendentemente, ainda está pendente de finalização, na medida em que não se procedeu à partilha e sua homologação, seja qual for a sua forma.

E, mesmo em havendo, como houve, a venda de todos os bens do espólio, no curso do arrolamento, através de alvarás, a partilha, ainda assim, deverá

ser feita, neste caso, recaindo sobre o produto da venda, como demonstra o cálculo de fl. 38/v, donde se depreendem o ativo do espólio, a meação e herança, o que, entretanto, não se pode caracterizar como partilha.

Nesse passo, importa a inclusão, naquele processo, de todos os interessados, para que o preço pelas alienações, após a prestação de contas devida, seja auferido entre os herdeiros, agora configurando o apelante, filho reconhecido do *de cujus*, que, àquela época, já tinha se habilitado para tanto, a teor das petições de fls. 46/55.

Como, então, ainda não se procedeu à partilha e à sua ulterior homologação — única forma cabível na espécie, por força do registrado na inicial —, não se faz possível a sua anulação, inexistindo, por isso, interesse processual do apelante em procurar uma solução judicial, para ver satisfeita sua pretensão, pelo que não há viabilidade da prestação jurisdicional.

Embora, efetivamente, tenha surgido um obstáculo impeditivo ao exercício de um direito do apelante, faltalhe, contudo, por meio dessa, interesse de agir, revelando-se, assim, carecedor de ação. E, nesta hipótese, tem-se o regime jurídico das nulidades absolutas e, por isso, declaráveis de ofício, a teor do que dispõe o § 3º, art. 267, do Código de Processo Civil.

Por essas razões, ainda não tendo sido realizada a partilha amigável no arrolamento, na qual foi, de fato, ignorado o apelante, não se pode falar em anulação daquele ato, pelo que, extingue-se o processo, sem julgamento do mérito.

Salvador, 18 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

AÇÃO DE COBRANÇA. NULDADES PROCESSUAIS. INEXISTÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FALECIMENTO DO LOCADOR. DESCABIMENTO EM AÇÃO DE COBRANÇA.

Cuidando-se de nulidade relativa, preclui para a parte dita prejudicada que não pleiteou sua declaração em tempo oportuno. A inexistência de prejuízo, em se tratando de nulidades relativas, determina a convalidação do ato inquinado de defeituoso. Agravo improvido. Incabível a discussão acerca de efeitos patrimoniais, decorrentes da rescisão unilateral do contrato, em sede de ação de cobrança. A morte do locador põe fim ao contrato de prestação de serviços. Recurso provido em parte.

Ap. Cív. 10.442-1/93. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 10.442-1/93, de Valença, em que figuram como apelantes Horácio Menezes da Fonseca e outros e apelado João Silva Queiroz Neto.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Assim decidem porque:

A invalidade de atos processuais está submetida a determinados princípios que se vinculam às regras e finalidades de toda a construção do direito processual. Com esses princípios, deli-

mita-se a base de sustentação da ocorrência e reconhecimento de uma invalidade no processo.

O princípio da convalidação, segundo o qual, no direito processual civil, toda nulidade, desde que não importe em violação de norma de ordem pública, convalida-se pelo consentimento, o que significa afirmar que se a parte interessada, expressa ou tacitamente, admitiu a sua caracterização, não pode, posteriormente, suscitá-la.

Acrescente-se, ainda na área da teoria das nulidades, outro dos princípios que a informam: é o do prejuízo ou transcendência, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo. É a aplicação da máxima *pas de nullité sans grief*, recepcionado pelo art. 249, § 1º, do Código de Processo Civil.

Assim, quer se analise o fato sob o ponto de vista da argüida invalidade da citação da inventariante, dita sem capacidade de recebê-la, quer se o analise pela falta de interstício legal, como aduzido, o que se apresenta, processualmente, é a determinação de que não foi mostrada qualquer irresignação na primeira oportunidade em que os recorrentes se manifestaram nos autos e, ainda, nenhum prejuízo lhe resultou, dispensado que foi o seu depoimento na audiência que se seguiu, aliado à exaustiva contestação que ofereceu. Nega-se provimento ao agravo retido.

Posta como matéria de mérito pelos apelantes, a inexistência de tentativa de conciliação importa na absorção das mesmas conclusões acima consideradas, ainda que fantasiosa a argumentação. Em verdade, a questão de mérito cinge-se à discussão acerca dos efeitos da rescisão unilateral do contrato promovida pelo réu e da delimitação da sua

eficácia em face da morte do locador. Assim, cumpre seja ressaltado inicialmente que ao autor incumbe o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito; e, ao réu, a da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC).

Ora, o autor não se desincumbiu do ônus de provar a causa da rescisão unilateral do contrato, um dos pontos em que sustenta sua pretensão, e, ainda que apenas demonstrados os fatos, a impropriedade da ação de cobrança ressoa com clareza, notadamente, ao admitir-se que a inexecução de uma obrigação, em sede de direito civil, não confere à parte que se considera prejudicada o direito subjetivo de ação de cobrança, que não se presta a apurar os efeitos patrimoniais de um contrato rescindido por infração ao pactuado.

Afirma-se, então, que a inexecução da obrigação, mesmo operada antes da morte do locador, no caso, não produzirá seus efeitos na forma pretendida, primeiro porque sem prova da causa da rescisão; segundo, porque, ainda que provada, efetivamente, não seria por ação de cobrança que se delimitariam os seus efeitos.

Desse modo, afastada qualquer discussão a respeito do alegado rompimento contratual, restam os efeitos próprios da avença, cujo termo final se operou com a morte do locador, na forma do disposto no art. 1.233 do Código Civil. Define-se, assim, a obrigação do locador, por seus sucessores, enquanto em vigor o contrato, de efetuar os pagamentos devidos, abatidos os valores já recebidos, cuja prova se fará nos autos, em regular processo de liquidação.

Pelo exposto e por tudo o mais que

dos autos consta, dá-se provimento parcial ao recurso, para reformar a sentença, julgando-se procedente, em parte, o pedido contido, condenando o réu, por seus sucessores, a efetuar o pagamento das comissões devidas entre o início do contrato e a morte do locador, na forma então estipulada, com os abatimentos dos valores embolsados pelo autor.

Salvador, 14 de setembro de 1994.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. FATOS ALEGADOS SEM A CORRESPONDENTE PRODUÇÃO DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA.

Condicionada a judicial confirmação de fatos inter-relacionais à produção de suficiente prova, desta se incumbe aquele que os enuncia ou os opõe, não cabendo ao inconveniente juiz suprir tal deficiência. Recurso improvido.

Ap. Cív. 24.018-4. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 24.018-4, originários da comarca de Guanambi, nos quais é apelante Wanderley Alvarenga Bastos e apelado Gilberto Rodrigues Fagundes.

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

Proporcionam as primeiras expres-

sões relatoriais declaração imediata de que se bem houvera o eminente prolator, permanecendo, também de pronto se assinala, irretocável a sentença, já que, *data venia*, insuficientes se apresentam as razões recursais para recuperar o conteúdo peticional da ação julgada improcedente.

Tudo se resume numa enunciação, em procedimento ordinário, de fatos distantes no tempo e de possibilidades probatórias do direito que se tentara demonstrar.

Assim, não se há como opor restrição, qualquer que seja, ao sentencial fundamento que se pode sintetizar na convicção segura de os documentos apresentados apenas ilustrarem parte da narrativa, prova não podendo produzir em obséquio da verdadeira reivindicação, o mesmo não sendo alcançado com os múltiplos depoimentos que ao autor prouve requerer.

Situação típica de não-desincumbência do ônus probatório, segundo a meridiana prescrição da lei processual, à forma do seu art. 333, I.

Negócio celebrado que fosse, formal ou informalmente, ofereceria, ao mínimo, indícios, daí evoluindo para referências ou até documentos, esses ainda que de especificação difusa, a exemplo de emissões telegráficas ou telexográficas, ou, bem ainda, correspondências do demandado em que este manifestasse as pelo autor alegadas evasivas.

Nada disso dispunha o ora apelante e, no entanto, persistiu no propósito postulatório, sem atentar para o comezinho princípio da exigibilidade de probantes elementos, parecendo desconhecer as mais contradições e apelações a tal respeito.

“A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de ônus da prova. Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e, sim, de um ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão” (José Frederico Marques, em *Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1974, v. 2, 1. p.).

“A simples leitura dos dispositivos legais que regulam a petição inicial, a resposta (contestação, exceções, reconvenção) conduz à certeza de que às partes cabe fazer a prova dos fatos alegados (afirmados). É intuitivo. O demandante ‘indicará as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados’. O réu especificará as suas provas. Lógico que cada uma das partes tem interesse de demonstrar a verdade dos fatos por ela afirmados e negar a veracidade dos fatos alegados pelo adversário, e só o podem fazer produzindo provas” (Jônatas Milhomens, em *A Prova no Processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1982).

No mesmo sentido, serena a jurisprudência:

“Deve o autor tornar certos os fatos alegados na inicial, se o réu os negar ao ensejo de oferecer defesa. Se a prova não for produzida ou o seja de modo ineficiente, deve ser julgada improcedente a demanda” (TJCE, *Jurisp. e Dout.* 39/44).

“Cada um dos litigantes deve provar os fatos que alega em fundamento de suas pretensões, em observância ao princípio da paridade de tratamento assegurado às partes: *semper onus probandi ei incumbit sui dicit*” (TJCE, *Jurisp. e Dout.* 44/201).

Deve-se o inexitoso resultado que

experimentou o demandante e ora recorrente tão-só ao elementar desaparelhamento da sua peticional enunciação e em nada à sentença recorrida, cuja isenção já se reconhece no mesmo voto que se ora profere, também indicando o improvimento recursal.

Salvador, 29 de novembro de 1995.
Carlos Cintra — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

**AÇÃO REIVINDICATÓRIA.
PEDIDO RECONVENCIONAL
DE USUCAPIÃO. INADMISSIBILIDADE.**

A sumularmente proclamada admissibilidade da argüição defensiva de usucapião importa no inafastável dever de o juiz apreciar todos os seus termos, não autorizando, todavia, a adoção de procedimentos incompatíveis com o seu conteúdo. Dentre esses, destaca-se a reconvenção, em cujo evoluir não se admite a participação de quem não figura, como demandante, em outra já angularizada relação processual. Recurso improvido.

Agr. de Inst. 22.340-3. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 22.340-3, originários da Terceira Vara Cível da comarca de Feira de Santana, neste estado, nos quais é agravante Geminiano Teles da Cruz e agravados Eugênia Cerqueira Lima e outros.

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

Inadmitindo, conforme destacado tópico do saneador, a reconvenção, agiu o presidente do feito de maneira tecnicamente correta e, assinala-se, sem causar qualquer prejuízo ao agravante. Assegurou, até mesmo, fiel observância ao conteúdo da Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, adotada pelo mesmo recorrente, com fundamento preambular em suas reconvenções formulações, ao determinar a instrução probatória.

Não se deverá, contudo e em tempo algum, admitir sinonímia processual entre defesa fundada em usucapião e ação de usucapião. É advertência oportunamente feita, em consequência de haver o ora agravante exteriorizado pleito cujo atendimento importaria em se atraírem terceiros, além de interessados em hipótese, ao plano da reconvenção, o que de escancarado absurdo.

Ao admitir seja o usucapião argüido em defesa, a já citada súmula impõe sua apreciação, evidentemente que nos limites da ordem e especialidade processuais, nunca, porém, assegurando a inobservância ou o atropelo de formalidades institucionais e de disposições determinantes e disciplinadoras dos cabíveis procedimentos.

Resulta a presente assertiva no que de melhor, a tal respeito, oferecem a doutrina e a jurisprudência.

“Reconvenção é ação. Ação do réu contra o autor no mesmo feito e juízo em que é demandado” (Moacyr Amaral

Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 14. ed., Saraiva, v. 2).

"Nas causas dúplices, como ações possessórias, não cabe, por desnecessário, o pedido reconvenicional — Frederico Marques" (*idem ibidem*).

"Não pode o reconvincente trazer ao processo outras pessoas para demandar contra o reconvincente. Da mesma forma, não pode propor sua ação contra quem não seja o autor da demanda já pendente" (RT 637/87).

Como se bem demonstra, a posição jurídica de possuidor, que, presentemente, o agravante proclama, permanece inalterada mesmo após sua intimação do hostilizado ato, nada até agora amortecendo a possibilidade de ser constatada em instrução e, enfim, sentencialmente declaradas a mansuetude, a placidez e a continuidade de sua posse, fato este constitutivo de pressuposto de usucapião e capaz de elidir a pretensão real do reivindicante. Pela via de defesa, portanto, o usucapião, extraordinário como ora afirma o agravante e ordinário que seja, pode ser reconhecido mas não se aperfeiçoa, não produzindo os desejados efeitos transcrionais imobiliários.

A tal respeito, lecionam Haendchen e Letteriello:

"Diferentemente, ocorre se for alegado como matéria de defesa o usucapião ordinário ou extraordinário. Aqui a sentença se limita a reconhecer o usucapião mas não é título hábil para transcrição no registro imobiliário, o que não exclui, obviamente, a possibilidade do ajuizamento da ação própria, de rito especial, prevista no art. 941 do Código de Processo Civil" (*Ação Reivindicatória*, 4. ed., Saraiva, 1988, p. 39/40).

Da especialidade ritual que focalizam os retrocitados processualistas, torna-se, quanto à específica e discutida situação, o convencimento de estar a relação contenciosa limitada às duas partes direta e imediatamente antagônicas, revelando-se, conseqüentemente, impróprio o processamento de pleito usucapiente no campo reconvenicional.

Possibilitam, assim, os elementos técnicos aqui sequencialmente enunciados a formulação de voto pelo qual se proclama acertada a recorrida decisão, apontando, enfim, para o improvimento do recurso.

Salvador, 20 de setembro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

AQUISIÇÃO DE AÇÕES BANCÁRIAS. AUTORIZAÇÃO. PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA.

Decisão interlocutória concessiva de autorização para aquisição de ações bancárias, como verdadeiro adiantamento de legítima e de meação, à qual se opõem outros herdeiros legítimos. Intervenção e opinião indébita do Ministério Público, máxime como formadora de convencimento. Decisão imotivada, quando, na espécie, não se fala da conveniência e oportunidade do negócio judicialmente autorizado, bem como não se justifica a inobservância de normas cogentes, tanto de direito material, quanto processual. Recurso provido.

Agr. de Inst. 15.485-6/94. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo 15.485-6/94, da Capital, em que figuram como agravante Antônio Carlos Martinelli e outro e agravado o Espólio de Adhemar Martinelli Braga.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, assim fazendo porque:

Instaurado o processo de inventário dos bens que ficaram por morte de Adhemar Martinelli Braga, em pleno curso, o espólio, por sua inventariante, dona Eunice de Souza Martinelli Braga, requereu alvará de autorização para aquisição de ações do Bradesco — Banco Brasileiro de Descontos S/A —, repartidas nas proporções dos seus respectivos quinhões para a inventariante-meeira e para os quatro herdeiros. Deferiu-se o pedido, inclusive, para que cada um deles possa ceder o produto adquirido, conforme fls. 18 e 25.

Verifica-se que, ouvido o Ministério Público, em seu parecer, o ilustre curador limitou-se a opinar pela procedência do pedido, afirmando que “o presente pleito em nada prejudica as partes envolvidas” (fl. 4v). Contra a decisão deferitória, o presente agravo de fls. 2/7, em que se alega, em apertada síntese, aqui: os herdeiros Antônio Carlos Martinelli Braga e Miguel Ângelo Martinelli Braga impugnaram o *decisum* porque o direito de subscrever as ações em referência não é dos indicados herdeiros, como não é também da viúva meeira, mas tão-somente do espólio, a personalidade jurídica que,

enquanto não extinto o processo de inventário e partilha, reside em juízo no lugar que estaria reservado ao *de cuius*, levando em conta de modo sério e grave a conveniência e a oportunidade da transação, em proveito de todos os titulares de direito subjetivo material, dos quais os agravantes se acham prejudicados.

A resposta da parte agravada (fls. 30/33), em resumo, afirma: não houve prejuízo para qualquer dos interessados no processo de inventário e partilha em causa, como se impõe a disposição do art. 1.572 do Código Civil; acrescenta que nada proíbe a intervenção do Ministério Público em processo envolvente apenas de direitos disponíveis de pessoas maiores e plenamente capazes. Finaliza, afirmando que o recurso é contra uma decisão que apenas beneficiou os recorrentes.

Isso posto, não se põe em causa, muito menos se deixa de considerar, a vigência do mencionado art. 1.572 do Código Civil. Ninguém duvida da validade e eficácia daquele dispositivo codificado. Efetivamente, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. O que se afirma com segurança é que o exercício não se transmite *ipso facto*, isto é, somente pelo evento morte daquele cuja *successione agitur*, senão depois de julgada a partilha, seja por simples homologação, ou por julgamento em sentido estrito.

O que se sustenta é que foi descabida a intervenção do representante do *parquet* na hipótese de que se cuida, sobretudo com força opinativa, formando convencimento sem motivação, já

que a decisão é desfundamentada por igual.

Ao Ministério Público nada cabia nestes autos, muito menos opinar pela procedência do pedido, asseverando que os envolvidos não seriam prejudicados. Por seu turno, o Estado-juiz não disse onde repousavam a oportunidade e a conveniência do negócio autorizado, processualmente ao arrepio da lei e com intervenção decisiva estranha ao processo, contra a vontade de parte legítima (sujeito de direitos e de obrigações — os agravantes).

Por essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, dá-se provimento ao agravo, reformando-se a decisão atacada e, em consequência, indefere-se o pedido de alvará.

Salvador, 8 de março de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

ATO ADMINISTRATIVO DEMISSIONAL DE SERVIDOR CELETISTA. SENTENÇA SUJEITA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, COM RECURSO APELATÓRIO. OFENSA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA DECLARAR SUA NULIDADE. REINTEGRAÇÃO POR FORÇA DA MESMA SENTENÇA E POR SUPERVENIÊNCIA DE REGIME ESTATUTÁRIO ÚNICO.

A publicação de portaria remissiva, pela qual se demite servidor público, mesmo submetido a regime celetista, caracteriza ato administrativo, cuja apreciação, se provocada, compete à justiça

comum. Alcançado, doutra parte e nesse interregno, o servidor, pela adoção legal de regime estatutário unificado, o mesmo e competente julgo que declarar a nulidade do ato demissional, por lesão a direito constitucionalmente definido e assegurado, determinará sua reintegração, com a indispensável restauração remuneratória plena e as promoções a tempo devidas. Recurso parcialmente provido, sentença confirmada com ressalva.

Ap. Cív. 22.797-2. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 22.797-2, originários da 7ª Vara da Fazenda Pública, nos quais é apelante Estado da Bahia e apelado Jorge Martins Silva dos Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao agravo retido, dar provimento parcial ao recurso voluntário e confirmar a sentença com a ressalva do quanto provido anteriormente.

Parte a análise, que a esta instância compete, de um relacionamento jurídico-funcional cuja cessação ao exame da Justiça comum fora submetida.

Firmou o ora apelado, em 23 de julho de 1990, contrato com o Estado-membro, sob regime celetista e através de instrumento em cujo preâmbulo se fazem conexas referências a decreto/s/n, publicado no Diário Oficial do Estado, edição de 23 de março de 1990 e ao

de n. 32.948/86, o primeiro autorizando o Exmo. Sr. Secretário de Justiça e Direitos Humanos a firmar contratos admitindo pessoal aprovado em concurso especificado e o segundo preconizando as contratações, no âmbito de toda a administração estadual, à formal demonstração de necessidade a suprir e de existência de vaga.

Quanto à sua rescisão, ocorrida em 19 de setembro de 1991, entendeu o público gestor de formalizá-la através da Portaria 134/91, publicada no DOE, edições de 21 e 22 de setembro de 1991, onde constam expressas referências ao art. 482, da CLT, e a determinado processo 9100442850/91-SJDH. Enfim, publicou-se um ato administrativo em consequência do qual se bem define a competência da *quopara* processar e julgar a ação proposta no sentido da sua anulação.

Tais considerações bastantes já se mostram para fundamentar a acolhida das razões do agravo retido, de fls. 30/31, analogicamente repetidas no sumário recurso apelatório, que, de mérito, é provido apenas em relação aos honorários, que ora se reduzem ao percentual de 10% sobre o montante a liquidar.

Já no exercício do reexame necessário, ante as inicialmente atribuídas características de ato administrativo à portaria rescisionária, que certa foi a sentença no declarar sua nulidade. Prova não se produziu, nos autos, de haver o processo, citado em tal portaria, possibilitado a ampla defesa definida e assegurada à forma do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Diga-se a mais que, sendo concursado, mantinha o servidor expectativa de direito à estabilidade no serviço público, daí inadmitir-se a rescisão, unilateral e tipicamente obstativa

ao seu alcance, este definido pela lei máxima, através do seu art. 41 e parágrafos. Ainda que contratado sob regime celetista, o suplicante e ora apelado se qualifica servidor público, à luz do que dispõem os arts. 32 e 33, II, da Constituição deste Estado, além de potencial beneficiário da unificação do regime jurídico-laboral, aos estados e municípios imposta nos termos do art. 39 da Magna Carta, o que se veio, no caso da Bahia, consumir com a edição da Lei estadual 6.677/94. Tudo frustrado pela não criteriosa portaria, inobservante às disposições retroenunciadas e de manifesta nulidade.

Doutrinariamente e nesse mesmo sentido, colhe-se o magistério imarcescível de Hely Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 204, edição de 1966, por cujo entendimento, “no direito público, o que há de menos relevante é a vontade do administrador. Seus desejos, suas ambições, seus programas, seus atos não têm eficácia administrativa, nem validade jurídica, se não estiverem alicerçados no direito e na lei. Não é a chancela da autoridade que valida o ato e o torna respeitável e obrigatório. É a legalidade a pedra de toque de todo ato administrativo”. Antológico preconício de disposição constitucional precisa e auto-aplicável!

As referências inicialmente feitas às datas de admissão e demissão têm o propósito de a versada matéria esgotar, inclusive quanto à hipótese de não poder o demitido e ora apelado provar cumprimento, na forma da lei, de estágio probatório, não sendo, por conseguinte, estável. Repele essa especulação a Súmula 21, do Supremo Tribunal Federal, cuja vigência e atualidade bem enfatiza Pinto Ferreira, em *Comentári-*

os à *Constituição Brasileira*, v. 2, p. 421, Ed. Saraiva, 1990, obra em que também focaliza, às fls. 422 e 423, como consequência de sentencial nulificação de atos nas condições iguais ou análogas às do que se ora aprecia, à reintegração do servidor, sob as condições assim enunciadas:

“A reintegração provoca os seguintes resultados: a) direito de retorno ao cargo que ocupava; b) direito à contagem do tempo de serviço; c) direito a todos os efeitos patrimoniais, como vencimentos e vantagens pecuniários; d) direito às promoções por antiguidade ocorridas durante o período do seu afastamento; e) direito à inclusão no plano de reclassificação de cargos elaborado e aprovado durante o período de sua demissão.

Assim sendo, a administração pública, com a reintegração, ‘deve repor o funcionário no cargo com todas as vantagens, como se estivesse no seu exercício durante o período do ilegal afastamento’ (*Jurisprudência do STJ*, F, Lex, 20:65)”.

Considere-se, por fim e em depreensão de tão judiciosos comentários, o servidor à disposição da unidade administrativa por todo o período compreendido entre o ato demissional e a sua ordenada reintegração, à vista da sentencial declaração da nulidade daquele, tudo a juridicamente sustentar sua plena restauração remuneratória, além das promoções a tempo devidas.

Reiterando o provimento parcial do recurso voluntário, confirma-se a sentença, pelo seu espírito preservatório dos inalienáveis direitos do acionante, sem haver causado, vale advertir, prejuízo irreversível ao ente público, pos-

to que ao mesmo se reconhece capacidade e interesse para propositura de ação regressiva.

Salvador, 6 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

CONDENAÇÃO EM PERDAS E DANOS. NÃO-INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPROVIMENTO.

Julgando-se improcedente a ação, não há por que condenar-se a ré em perdas e danos. A não-intervenção do Ministério Público, em ação que versa sobre interesse de incapaz, constitui mera irregularidade, porque não houve prejuízo ao curatelado, que venceu a causa. Sendo o imóvel de um casal, cuja esposa é curadora do marido, o negócio só poderia concretizar-se com autorização judicial.

Ap. Civ. 12.270-3. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível 12.270-3, de Caculé, sendo apelante Roberto Lima Cotrim e apelada Joanita Matos Teixeira.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em rejeitar as preliminares e, no mérito, ne-

gar provimento ao apelo.

Roberto Lima Cotrim, qualificado nos autos, incorpormado com a sentença do meritíssimo juiz de direito da comarca de Caculé, que julgou improcedente a ação cominatória para outorga de escritura definitiva movida contra Joanita Matos Teixeira, interpôs recurso de apelação.

Alega o apelante, em preliminar, a nulidade da sentença por haver o meritíssimo juiz *a quo* julgado antecipadamente a lide, quando havia o pedido de condenação da apelada em perdas e danos, só apurável mediante produção de provas na instrução processual.

Tal preliminar não pode prosperar. A condenação em perdas e danos foi cumulada com o pedido de suprimimento judicial para outorga de escritura de compra-e-venda. Tendo o doutor juiz julgado improcedente a ação, por considerar que não assistia razão ao autor, sendo questão de direito e não sobre fatos, não havia por que fazer colheita de provas e muito menos falar-se em condenação da ré em perdas e danos.

Com essas razões, rejeita-se essa preliminar.

Argúi, ainda, o apelante a nulidade da sentença, pela falta de intervenção do Ministério Público no processo, uma vez que se trata de feito onde existe interesse de incapaz curatelado.

Tratam os presentes autos de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação cominatória para outorga de escritura definitiva da fazenda Baraúna, de propriedade de Antônio Alves Teixeira e sua esposa, Joanita Matos Teixeira. Aquele foi interditado judicialmente e sua esposa é a curadora.

Nas causas em que há interesses de incapazes, a função do Ministério Público é fiscalizadora, não sendo dispensável pela presença do curador. Ao contrário, o órgão do *parquet* deve verificar, inclusive, a legalidade dos atos praticados pelo curador.

No presente processo, de fato, não houve a intervenção do Ministério Público. Entretanto, tal fato se constitui em mera irregularidade, porque não trouxe prejuízo ao curatelado, uma vez que a ação foi julgada improcedente. O incapaz venceu a causa.

Com essas razões, rejeita-se a segunda preliminar.

Quanto ao mérito, alega o apelante a existência de pré-contrato, que obrigava a apelada a firmar escritura pública de compra-e-venda do imóvel que negociavam.

Analisando-se os autos, vê-se que não existiu contrato, nem qualquer documento escrito. Não houve pagamento de sinal, nem acerto de pena em caso de arrependimento, nada a indicar que o negócio tinha sido firmado. O único sinal é a assinatura de uma guia de recolhimento de tributos feita no Tabelionato de Notas.

Ademais, no presente caso, mesmo que existisse pré-contrato ou contrato, estes seriam inválidos, ineficazes, porque um dos proprietários do imóvel é interditado. Sua mulher é a curadora. Em tais situações, a lei exige a autorização judicial para negociar o bem, conforme dispõe o art. 251 do Código Civil, que afirma competir à mulher a administração dos bens do casal quando o marido for declarado judicialmente interditado. E, nestes casos, cabe a ela alienar os imóveis co-

muns e os do marido, mediante autorização especial do juiz.

O bem negociado pertence ao casal, onde o marido é interditado. A venda, portanto, só poderia concretizar-se com a autorização judicial.

Com essas razões, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

Salvador, 10 de maio de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Jatahy
Fonseca — Relator.

DIREITO A RETENÇÃO POR BENFEITORIA. RENÚNCIA CONTRATUALMENTE EXPRESSA E INOPORTUNIDADE PROCESSUAL DE MANIFESTAÇÃO.

Não se reconhecerá ao locatário, réu em ação de despejo, o direito a retenção por benfeitoria, quando a esta o mesmo já renunciou expressa e contratualmente. E, em termos processuais, defesa nesse sentido só se admitirá em contestação ou reconvenção, no estrito prazo do art. 294 do Código de Processo Civil. Recurso improvido.

Ap. Cív. 21.493-5. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 21.493-5, originários da 8ª Vara Cível desta Capital, nos quais é apelante Ester Almeida dos Santos e apelado Antonio Salomão Gidi.

Acordam os desembargadores in-

tegrantes da Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Definem a relação contenciosa que se ora aprecia o contrato de locação e a pelo mesmo ensejada ação de despejo.

À ora apelante não cabia, desde a fase pré-litigiosa, direito à retenção por benfeitorias, realizadas a qualquer título, já que formalmente pactuada no instrumento contratual locatício a reversão dessas presumíveis benfeitorias ao locador, sem que indenização qualquer que fosse ao mesmo locatário coubesse, fato a desconstituir, de plano e a pleno direito, a hipótese de retenção, a obséquio seu.

E esta restritiva cláusula, expressamente lançada no instrumento firmado por ambas as partes, tanto quanto por duas idôneas testemunhas, jamais esteve contraposta a qualquer preceito legal e ou jurídico contemplativo da versada matéria.

Em termos genéricos, sabido é universalmente que o contrato constitui lei entre as partes, desde que não gerando prejuízo, não revogando direito, nem ferindo coisa julgada.

E, no que pertine ao tópico por primeiro aqui analisado, de perfeito ajuste se revela a ressalva com que se abre a disposição contida no art. 35 da lei inquilinária vigente.

Art. 35 — “Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis, e

permitem o exercício do direito de retenção”.

Feita fora referência à precedente e procedente ação de despejo, a fim de que se bem definisse a posição processual da ora apelante. Comprovam os autos que, mesmo padecendo da substancial carência ditada pela cláusula contratual restritiva a que aderiu, não exerceu a então ré, ora recorrente, a faculdade ou, ao mínimo, a humanamente compreensível tentativa de, no prazo e ao momento da contestação, proclamar-se benfeitorizante e pleitear a retenção pelo que no imóvel locado realizara, até sua efetiva indenização. Deu-se a preclusão. Fechara-se-lhe a via processual única de pedir, ainda que, de há muito e por definição legal, insubstancial fosse o seu intento.

Bem fundamentada, a decisão do *a quo* enuncia, em seqüência didaticamente notável porque formadora de plácido juízo, dados doutrinários e jurisprudenciais que toda a matéria exaurem, bastando, ao momento presente, destacar:

“Por não ser ação condenatória, não tem a ação de despejo fase específica de execução, razão pela qual a defesa de retenção de benfeitorias deve ser feita na oportunidade da resposta (CPC, art. 297), quer por contestação, quer por reconvenção (*Revista Trimestral de Jurisprudência* 67/598), mas nunca por embargo, nem de execução (*Revista dos Tribunais* 631/201), nem de terceiros (...)” — (Nagib Slaibi Filho, in *Comentários à Nova Lei do Inquilinato*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 175).

“A execução da sentença proferida em ação de despejo não comporta embargos de retenção por benfeitorias,

dada a natureza executória” (ac. unân. 3ª Câm. do TJ-SC, de 25.02.86; ap. 24.231, rel.-des. May Filho. *Jurisp. Catarinense*, v. 52. p. 69).

Pela comprovada falta de condição contratual, conseqüentemente pela inexistência de direito a preservar ou a reclamar, bem assim pelo não-exercício oportuno de específica prerrogativa processual, ao apelo nada de bom senso jurídico haverá de assistir, razão pela qual nega-se provimento, à unanimidade.

Salvador, 6 de setembro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CRÉDITO RURAL SUJEITO A CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGO INDEVIDO.

Conseqüência de fatores externos e ofensivos ao equilíbrio dos contratos que, imunitariamente, a estabelecem, a correção monetária não constitui remuneração operacional financeira, daí evoluindo o convencimento da sua admissibilidade, inclusive no âmbito do crédito rural, tudo através de manifestações jurisprudenciais cuja culminância é a Súmula 16 do Superior Tribunal de Justiça. Recurso improvido.

Ap. Cív. 22.195-8. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 22.195-8, origi-

nários da comarca de Santa Maria da Vitória, neste Estado, nos quais é apelante Manoel Valtenor Guerreiro e apelado Banco do Brasil S.A.

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

Plenamente reconhecido o lucro como objetivo final de qualquer atividade econômica, inadmissível será, em qualquer circunstância e ainda mais com a chancela do Judiciário, a imposição de prejuízo a qualquer das partes celebrantes de negócio jurídico, contratual e formal, onde capacidade, autonomia e vontade de ambas se comprovam e se manifestam. Assim ocorre em relação às operações de financiamento, seja através da assinatura de instrumentos contratuais clausulados, particulares ou públicos, seja pela emissão das cartulares células de crédito, rural hipotecária e ou pignoratícia, industrial ou comercial, onde se declaram as condições de aplicação do crédito, a forma de pagamento e seus encargos e, atente-se, as garantias.

Inoportuno porque técnica e jurisprudencialmente superado, o questionamento em que o recurso apelatório se resume.

Com segura fundamentação e disposição final notadamente didática, a recorrida sentença nada mais fez do que ratificar a vontade das ora litigantes partes, cuja autonomia e legitimidade o exequendo título traduz, lembrando, por fim e a uma delas, da certeza, liquidez e exigibilidade da dívida contraída. Nada a reformar!

Referência ao justo, preciso e incontestado tratamento jurisprudencial

à matéria ministrada não deve, contudo e por si só, arrematar a presente apreciação.

A própria função social da Justiça recomenda, até impõe, seja, em razoável minudência, demonstrada a exposição do pleito, já apelatório, ao alcance da Súmula 16 do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se poupem subseqüentes instâncias e dados melhores e mais numerosos possa o ora apelante, agente que é da produtividade nacional, dispor, na orientação dos seus próximos negócios, os quais a ordem jurídico-econômica, bem ao contrário do que possa o mesmo imaginar, assegura a devida proteção.

Emitindo título de crédito rural, de forma legalmente definida, o ora apelante prometeu pagar a importância creditada e utilizada, em datas de vencimento definidas e com os encargos incidentes sobre sua atualizada expressão monetária. Assim, contratou livremente, valendo destacar que constituiu garantia capaz de suportar a projeção de sua dívida, na razão direta da atualização monetária, pactuada, que se viesse operar.

Saliente-se, a este instante, que o pactuar dessa condição não significou indução a erro, vício de consentimento, ou, muito menos, infração ao Decreto-lei 167/67, pelo fato de seu texto não prever correção monetária. Não previa tanto quanto não proibia.

Firmado fosse o negócio, ora discutido, à época da edição do retrocitado diploma, razoável poderia ser a não-estipulação do mecanismo atualizatório monetário, dados os baixos índices de inflação. Tese que se convalida com a formulação de textos legislativos outros, referentes a operações financeiras

de fomento industrial e comercial, a saber, o Decreto-lei 413/69 (observa-se a revisão conceitual a curto prazo) e a Lei 6.840/80, em ambos estabelecida a correção, segundo índices apontados pelo Conselho Monetário Nacional. Esse órgão, diga-se a propósito, não se pretende intitular legislativo. A lei apenas o habilita, pela estrutura orgânica e técnica de sua concepção, a colher índices que melhor reflitam a inflação em sucessivos e distintos períodos, retransmitindo-os às operações comportantes, em termos os mais infundentes de realidade e justeza.

Comparados, ainda em proveito da pretendida elucidação, os já aludidos instrumentos legislativos disciplinadores das operações de crédito, rural, industrial e comercial, constata-se em todos disposições relativas à aplicação do crédito em razão de orçamento, que, elaborado pelo proponente-tomador e aprovado pela instituição financeira, ao instrumento creditório se incorpora. E qual o orçamento que não contém correção?

A freqüente variação dos atacados índices avaliatórios, na atualidade, felizmente mais para baixo, constitui fato o mais elucidativo de que a correção, ante os contratos ou títulos que a comportam, visa a garantir à parte creditora o retorno da moeda eficaz que emprestou, compatibilizando-a com o efeito inflacionário, para cuja medição concorrem múltiplos índices, especialmente de preços que se praticam em diversos segmentos do mercado, inclusive naquele em que atua o creditado. Em regime inflacionário, explique-se, o banco empresta com correção e com correção o produtor-tomador vende.

Reencontrando a anterior menção

sobre os legais instrumentos especificamente dirigidos às operações de crédito, dentre as quais se insere a que o apreciado recurso contempla, registra-se, por fim, a no particular evolução conceitual do legislador, sensível, assim revela o processo legislativo, à preponderante vontade dos seus representados, não se podendo jamais desconhecer o instituto da correção como instrumental executivo dessa pública vontade, no sentido do equilíbrio da ordem econômica.

Ao recorrente não resta direito qualquer ao expurgo pretendido, seja pela sua condição de contratual e voluntariamente obrigado, seja, a mais e definitivamente, pelo que a instância máxima quanto a matéria infraconstitucional, demonstrando, no particular, seguro convencimento de que a correção não é um *plus* a acrescentar mas um *minus* a evitar, há pacificado através da já citada Súmula 16.

Contrário, como se bem demonstra, o recursal pedido ao que, pela elevada enunciação jurisprudencial do melhor direito, se estabelece, corresponde seu improvimento à conclusão do presente voto, que na sumular manifestação se inspira e que proclama incensurável a recorrida sentença.

Salvador, 11 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL IMPUGNANDO SENTENÇA PROFERIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.

Não há contradição, obscuridade ou omissão, quando o acórdão mostra, concisa, clara e firmemente, a impossibilidade de cobrança do ISS, desmembrando-se atividade acessória indispensável ao cumprimento de contrato de empreitada de construção civil, somente para efeito de tributação por município diverso daquele onde executada a obra, mas sede da construtora. Embargos rejeitados.

Embs. de Decl. na Ap. Cív.
7.453-9/93. Relator: Des. LUIZ
PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos de declaração interpostos ao acórdão lavrado na apelação cível 7.453-9/93, da Capital, em que figuram como embargante a Fazenda Pública Municipal de Salvador e embargada a firma Alpha Engenharia Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos, considerando:

Nos termos do quanto embargado pela petição de fls. 146/248, o acórdão sob embargos padece dos defeitos de obscuridade, contradição e omissão, porque, afirma-se, entende que os serviços prestados pela embargada foram de construção civil, quando pertencem à categoria de manutenção e conservação de imóveis, conforme termo de fiscalização e notas fiscais, não se aplicando à hipótese a exceção, mas a regra geral de tributação do município onde a

empresa sujeita ao tributo tem sua sede. Assim, obscuridade e contradição.

Em segundo lugar, sustenta-se, não diz o acórdão, e nisso reside a omissão, em que prova se arrima o julgado para concluir pela inexistência de fato gerador do ISS exigido pela Fazenda municipal embargante, que se apega à lista de que se ocupa a Portaria 60/87 do município de Salvador, informando que se os serviços executados pela embargada fossem considerados como auxiliares ou complementares de execução de obra de construção civil, certamente não teria o legislador (da Portaria 60/87) decerto elencado em outros itens da lista de serviços e sim incorporado no item 31 que enumera os serviços de construção civil. Pede o esclarecimento da obscuridade, o espancamento da contradição e o suprimento da omissão.

Isso posto, verifica-se que o embargante não leu atentamente o acórdão hostilizado ou o fez de passagem, salvo se o que se pleiteia não é o que se pede, senão novo julgamento do apelo, dando-se aos declaratórios efeitos infringentes.

A sustentação contida da impugnação aos embargos à execução fiscal revela claramente que o que se pretende é dividir atividade de construção civil própria da executada, aqui embargada, em duas modalidades, isto é, construção civil e serviços outros, por estes cobrando ISS o município de Salvador, onde a empresa tem sua sede, e não em Candeias, onde executados os serviços como suportes inarredáveis da construção civil, ali pagando os impostos.

A sentença refutou motivadamente os termos da pretensão do exequente. O

recurso decidiu pelo acerto do julgado sob impugnação recursal, pelas razões contidas no acórdão, que não sofre dos alegados senões, embora meritoriamente não tenha agradado ao embargante; daí, a forçada pretensão declaratória, quando a *meta optata* é outra...

Difícil, senão impossível, é deixar-se de ver que a dicotomia pretendida pela discutida Portaria 60/87, que chega ao absurdo de ter locação de bens móveis como serviços para fins de cobrança de ISS e que na ânsia tributária pretende impor a idéia segundo a qual, em casos específicos, como o de que se trata, pode-se separar do contrato de empreitada de construção civil serviços outros, transformados assim em contrato de prestação de serviços, distinto daquele, exclusivamente para que o município possa, em concorrência com o do local da efetivação da empreitada, cobrar ISS.

Impor-se à embargada um *bis in idem* pelo fato de, como empreiteira-construtora, ter de pagar ISS em dois municípios, a critério de uma notável portaria criadora de lista de serviços tributáveis, para assegurar aumento de arrecadação, é, no mínimo, um desarrazoado jurídico-legislativo.

O acórdão embargado diz o quanto basta, no que concerne à inexistência de legítimo fato gerador do ISS nas condições em exame. Não há obscuridade ou contradição. Tudo está à luz de entendimento mediano, e muito afirmativo num só sentido. De omissão não se pode falar em verdade, já que a ausência de legitimidade conduz à inexistência jurídica, que é a considerada para os fins de direito.

À vista do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, rejeitam-se os

embargos de declaração de que se cuida, negando-se provimento ao recurso ora julgado.

Salvador, 9 de agosto de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

EMBARGOS DE TERCEIRO.

Ao sujeito passivo em relação executiva fiscal, independentemente de qualquer desobrigação civil ou societária posterior, não se reconhece qualidade de terceiro, faltando, portanto, capacidade postulatória nessa pretendida condição. Recurso provido.

Ap. Cív. 21.923-8. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 21.923-8, originários da Terceira Vara da Fazenda Pública desta Capital, nos quais é apelante a Fazenda Pública Estadual e apelados Manuel Alves e Gildete Rodrigues Alves.

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

Ensejou o recurso apelatório sentença que julgou, por inteiro, procedentes os embargos de terceiro opostos à alienação a consumir-se nos apensos autos da execução fiscal 3.023.572-E.

Feita a liminar advertência, oportuno torna-se destacar, como fato definitório, a sujeição dos embargantes e ora apelados às conseqüências do

procedimento fiscal retrorreferido, porquanto:

I) no documento fundamental da execução (Certidão de Dívida Ativa) consta como inscrito o débito total e histórico de Cr\$10.309.544,86, identificando-se, como contribuinte, Casarão de Cereais Imperial Ltda. e, como co-responsáveis, os sócios Manuel Alves e Gildete Rodrigues Alves, embargantes e ora apelados;

II) por petição de fl. 5, seguro se tornou o juízo executivo com a dação à penhora de bem pertencente ao embargante, primeiro enunciado, ainda sócio, ainda co-responsável;

III) nos mesmos autos certifica-se o transcurso *in albis* do prazo aberto para proposição de embargos à execução.

Posta como se acha a questão, define-a a redação límpida, direta e incontroversa dos arts. 128 e 135, III, do Código Tributário Nacional:

“Art. 128 — Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

“Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I —

II —

III — Os diretores, gerentes

ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

Inútil, conseqüentemente improsperável, a alegação de haverem os ora apelados, através de instrumento de alteração de contrato social, transferido todas as suas quotas de participação no capital da sociedade, contribuinte inadimplente e executada, visto que o fato gerador da obrigação tributária, tanto quanto a violação ao pertinente preceito legal, verificou-se em plena vigência do contrato social, ainda não alterado e em pleno exercício gerencial dos embargantes.

Da melhor constatação jurídico-científica, inadmite-se a desobrigação dos constituídos co-responsáveis tributários e a exoneração do bem com o qual se constituía a penhora, de pleno direito e sob todos os títulos subsistente.

Já se revelam iniludíveis a responsabilidade tributária dos apelados e a sua vinculação passiva persistente e contínua à relação processual executiva. Nessa condição, falta-lhes, por absoluto, a qualidade de terceiros, como bem demonstra a valiosa disponibilidade jurisprudencial:

“Tradicionalmente, terceiro é estranho ao litígio, que teve seus bens envolvidos em demanda de outrem, não se podendo reconhecer tal situação àquele que, ouvido na causa principal, poderia embargar à execução sob qualidade diversa e com direito novo, se justamente o litígio versa a extensão dos bens em que o reclamante foi vencido” (STF, RT 250/638).

“A parte que não embargou a execução não pode oferecer embargos de terceiro, ressalvado o disposto no § 2º do art. 1.046 do Código de Processo Civil

(rec. extr. 89.802-CE, 2ª T. do STF — RTJ 88/717).

De Pontes de Miranda, colhe-se a sentenciosa afirmativa:

“Somente pode embargar como terceiro quem não tomou parte no feito” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., v. 9, p. 23).

Bem identificada a relação processual originária e seu defensorio desdobramento, tanto quanto a imutável legitimidade ativa e passiva das partes, impõe-se, sem embargos às homenagens tributáveis ao *a quo*, a desconstituição da recorrida sentença e provimento do apelo, tudo a importar, à força do voto unânime que ora se profere, em extinção do processo de embargos de terceiro, sem julgamento do mérito, ante as tipificadas ilegitimidade e carência de ação.

Salvador, 16 de agosto de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO. JUROS DE MORA REDUZIDOS À TAXA DE 12% AO ANO. PRECEITO CONSTITUCIONAL DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO.

A legislação ordinária sobre crédito rural não veda a incidência da correção monetária (Súmula 16 do STJ). Recurso provido. Sentença reformada, embargos improcedentes.

Ap. Civ. 9.291-7/93. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 9.291-7/93, de Barreiras, em que figuram como apelante Baneb — Banco do Estado da Bahia S/A — e apelado José Dias Feitosa.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia em dar provimento ao recurso, considerando:

O pretório excelso decidiu que o dispositivo constitucional em apreço (art. 192, § 3º, da Constituição da República) não é auto-aplicável, eis que a limitação dos juros à taxa de 12% depende de regulamentação que não existe ainda.

Por outro lado, desde muito antes do direito jurisprudencial sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do cabimento ou não da correção monetária nos créditos rurais, nunca se empolgaram as teses dos que pensam em termos de sua ilegalidade, a começar pela do articulista Antônio Ferreira Álvares da Silva, isso porque, a par de indistigável proposta de enriquecimento sem causa, num País cuja inflação alcança raias criminosas dos 50% ao mês, fazer-se contrato de mútuo, sem admitir-se correção para evitar a corrosão do poder aquisitivo, é desconhecer o entendimento jurídico no sentido da devida atualização monetária, já assente em quase todos os tribunais, à vista da realidade brasileira, partindo da Suprema Corte o respaldo ao colendo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 16, não mais ensejando naquele Tribunal Superior maiores discussões em torno do tema, já que imperativamente resta assentado que a “legislação ordinária sobre o crédito rural

não veda a incidência da correção monetária”.

A Constituição da República, quando trouxe à luz o art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o fez afastando qualquer dúvida sobre a existência de correção monetária nos créditos rurais, anistiando, por aquele instrumento e sobre certas condições, algumas categorias.

Por outro ângulo, pacífico está que a outrora rainha máxima *pacta sunt servanda* já não tem intocabilidade de outros tempos, cedendo lugar à realista *rebus sic stantibus*, que não nega o que está à vista e à constatação de todos.

De há muito, sobre este assunto, tenho-me amparado em festejados escólios como o da colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, da lavra do eminente desembargador Antônio Elias de Queiroga, na apelação 1.070/89, *verbis*:

“Correção monetária. Cláusula instituída pelas partes contratantes. Crédito rural. Admissibilidade. Recurso provido.

A correção monetária assenta na lei e no auto-regulamento da vontade. Os contratantes podem criá-la, independentemente de prévia autorização legal.

O art. 9º do Decreto-lei 70/66 é, pois, totalmente impróprio para alicerçar uma interpretação vedativa da correção monetária nas operações de crédito rural.

Ademais, é de se convir que o Decreto-lei 167, de 1967, derogou, nessa parte, o Decreto-lei 70, de 1966, porque, sendo posterior e regulando inteiramente a matéria pertinente às cédulas rurais, não trouxe em seu corpo qualquer regra proibitiva monetária.

O § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece:

‘A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior’.

Ora, o Decreto-lei 70, de 1966, disciplina o Sistema Financeiro de Habitação e só acidentalmente se refere ao crédito rural; o Decreto-lei 167, editado posteriormente, regulamentou inteiramente os títulos de crédito rural, inclusive a cédula rural hipotecária, e não repetiu a proibição contida no art. 9º do Decreto-lei 70.

Assim sendo, se às cédulas de crédito rural fosse aplicado o disposto no art. 9º, já enumerado, estaria tal norma derogada nos termos do § 1º, art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Por derradeiro, a Assembléia Nacional Constituinte concedeu isenção de correção monetária aos minis, pequenos e médios produtores rurais, num reconhecimento expresso da sua existência nas operações de crédito rural, pois só se isenta aquilo que existe”.

Por essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, dá-se provimento ao recurso, reformando-se a sentença recorrida com inversão do ônus da sucumbência.

Salvador, 7 de dezembro de 1994.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

Declaração da necessidade, sob as penas da lei, pelo patrono, somente com poderes especiais para tal fim. Indeferimento do pe-

dido. Recurso adequado: apelação e não agravo, sob o teor do art. 17 da Lei 1.060/50, alterada pela 6.014/73. Recurso não conhecido.

Agr. de Inst. 20.463-3/95. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 20.463-3/95, da Capital, interposto em 5 de agosto de 1994, atualmente apenas agravo (Lei 8.950, de 13.12.94), no qual figuram como agravantes Antônio Costa e Souza e sua mulher e agravado Baneb — Banco do Estado da Bahia S/A.

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

Os agravantes propuseram ação condenatória de restituição de indébito, pleiteando a procedência do pedido para que se determinasse que o acionado restituisse a importância de CR\$36.697.624,34 aos autores, com a devida correção monetária desde a data do pagamento indevido, atualizado em moeda vigente (fl. 8).

Desatou-se a questão, achando-se que: "Trata-se de ação declaratória, na qual os requerentes pretendem afastar a incerteza objetiva da existência ou não de débito para com o Baneb" (fl. 15). E, afinal, arrematou-se na disposição: "Isto posto, ficou exuberantemente provada nos autos e demonstrada pelos requerentes a inexistência de débito para com o requerido, para efeito de recolhimento do direito subjetivo e de cumpri-

mento da obrigação. Assim sendo, julgo procedente a presente ação, para declarar, por sentença, a inexistência de vínculo jurídico de direito material entre o requerido e os requerentes, em face do cumprimento da obrigação destes últimos" (fls. 15/16).

Impugnando a sentença proferida em 4 de outubro de 1993, foi interposta apelação, processada e julgada em 4 de maio de 1994, negando-se-lhe provimento. Como se vê, a sentença não cuidou do pedido de assistência judiciária gratuita; contra isso não houve recurso de qualquer espécie. Depois do trânsito em julgado da sentença que converteu ação condenatória em declaratória, foi julgado o pedido de assistência judiciária, nestes termos: "Indefiro o pedido de assistência judiciária gratuita por falta de amparo legal. Intime-se a parte para pagamento das taxas cartorárias no prazo de 10 dias. Salvador, 11 de julho de 1994".

Contra a sentença indeferitória do pedido de assistência judiciária, foi interposto o agravo de instrumento de que se cuida, agora agravo. Ora, desde o advento da Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973, há mais de 20 anos, portanto, que o recurso adequado para esta hipótese é apelação (art. 17 da Lei 6.014/73), e não agravo.

Aquí, mais grave se tornou a situação, uma vez que a lide já tinha sido decidida na primeira e na segunda instâncias, forrada pelo manto do art. 467 do Código de Processo Civil, ainda que se quisesse adotar o princípio da fungibilidade, recebendo o agravo como se apelação fosse, o que seria insensatez diante de tudo o que já foi feito naqueles e nestes autos.

Acresce a tudo isso que a autoriza-

ção do art. 4º da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com a alteração que lhe trouxe a Lei 7.510, de 4 de julho de 1986, é para a própria parte fazer a declaração da necessidade, sob as penas da lei, ou então seu advogado, a quem teria de outorgar poderes especiais.

Neste caso, a parte (aqui os autores da ação) não se declarou necessitada, nem outorgou poderes para que o patrono por ela o fizesse; logo, o pedido a esse passo do processo seria inexistente.

Por essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, não se conhece do recurso de agravo.

Salvador, 11 de outubro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

PENSÃO POR MORTE DO SEGURADO EM FAVOR DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 201, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Lei regulamentadora. Efeito declaratório. O cidadão não sofre as consequências da omissão do poder público, máxime no que concerne às garantias constitucionais inalienáveis, como a relativa à pensão previdenciária que lhe assegure a sobrevivência. Pensão devida desde a morte da segurada. Recurso improvido.

Ap. Cív. 19.899-6/95. Relator: Des. LUIZ PEDREIRA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 19.899-6/95, da

Capital, em que figuram como apelante o IPS — Instituto de Previdência do Salvador — e apelado Job Moraes de Andrade.

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

Sílvia Mattos de Andrade era funcionária do Município do Salvador da Bahia, tendo falecido em 30 de abril de 1991, deixando viúvo o autor, recorrido. Era ela segurada do instituto réu. Ao falecer, deixou sem declaração inscricional, para os efeitos da seguridade e assistência social, o seu marido.

Em tal situação, cabia a qualquer dependente fazê-lo, o que efetivamente se verificou na forma da lei aplicável à espécie, a saber, o art. 18º do Decreto 9.923, de 28 de dezembro de 1992. Aquela declaração opera seus efeitos *ex tunc*. Não é constitutiva, mas declaratória, como o próprio nome indica.

O sistema de seguridade e assistência social do Estado brasileiro, nos termos da Constituição da República, não faz festa à filigrana nem recompensa a omissão, seja dos responsáveis particulares, quer muito mais dos públicos, como no caso em exame. Quando o art. 6º da Carta Magna, de forma imperativa, estabelece que é direito social a previdência social, não o faz por mera retórica, senão como um princípio cogente de proteção à gente neste País, tão sofrida...

Por outro ângulo, quando o art. 201, V, da Constituição da República, enuncia e impõe o império do Estado que regula, no que tange à previdência social, que os planos de previdência

social atenderão nos termos da lei à pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, não o faz para que os responsáveis deixem de editar a lei e assim não paguem o que devem, sobretudo em sede de amparo social, que bem se pode chamar humanitário.

O sistema de previdência e assistência social dos servidores do Estado da Bahia (arts. 50/53), seguindo a esteira da Constituição Federal de 1988, não discrepa dos princípios informativos nacionais a respeito nem se divorcia das normas gerais que obrigam e empolgam o atendimento ao pobre servidor do Estado, geralmente tão desamparado...

Por um terceiro vértice, ainda, e agora dentro do *thema decidendum*, a Lei Orgânica do Município de Salvador, de 5 de abril de 1990, indubitavelmente cumprindo a ordem constitucional brasileira, abraçada pronta e eficazmente pela Bahia, estabelece em seu art. 279 que a lei assegurará pensão por morte do segurado homem ou mulher ao cônjuge ou companheiro e dependentes, reajustável na mesma proporção e datas da atualização dos proventos dos aposentados, não regulou a matéria simples campanha eleitoral ou eleitoreira.

Seguindo, o município de Salvador adotou o Estatuto da Seguridade Social dos Servidores Públicos e Agentes Políticos Municipais, para afastar qualquer discussão sobre o cumprimento do dever público municipal em obediência ao Estatuto Superior da República e à Ordem Constitucional da Bahia, quando editou a Lei Complementar 5, de 6 de julho de 1992. E, por fim, o Poder Executivo municipal, en-

tre nós na observância dos mandamentos constitucionais, para que no terreno social-humanitário nenhuma norma de previdência e assistência fosse relegada a plano secundário, muito menos, desprezada, desconhecida; trapo de papel para enganar os incautos, aprovou o Regulamento Geral do Instituto de Previdência do Salvador — IPS (precisamente o réu-apelante) —, editando o Decreto 9.923/92.

Dizer-se que não se paga a pensão por morte da segurada, ocorrida em 30 de abril de 1991, porque à época não havia lei disciplinando a matéria no IPS, é, pelo menos, um atestado de desconhecimento jurídico em geral e sobre a espécie. A falta de regulamento para disciplina das atividades administrativas para consecução dos fins sociais do Estado (*lato sensu*) não constitui inexistência de direito material, quando ele é daqueles denominados constitucionais inalienáveis, porque do próprio cidadão.

Ferido fundo e ouvidos moucos ao chorado direito invocado pelo viúvo da segurada, cabia-lhe, a ele, como fez, chamar à colação a regra do art. 75 do Código Civil, para que se lhe diga o direito, certificando-o, a fim que as regras jurídicas deixem de ser neste País uma falácia, mas a trincheira viva da segurança do cidadão. Nos preceitos da Constituição, tidos como forração de direitos sociais, não estão contidas normas explicativas de efeito *ex nunc*, senão comandos imperativos de que promanam luzes que iluminam imediatamente, garantias que asseguram, de logo, razões que se acolhem de pronto.

Por essas razões e por tudo o mais que dos autos consta, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença que não merece a censura que se

lhe quer impor.

Salvador, 9 de agosto de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente e Relator.

**REINTEGRAÇÃO DE POSSE.
INTRANSMISSIBILIDADE POR
ATO DE QUEM NÃO A EXER-
CIA. DESCABIMENTO DA EX-
CEÇÃO DE DOMÍNIO.**

Não transmite posse o outorgante que, mesmo firmatário de pública escritura, não a exercia, de fato, sobre o bem alienado. Sujeita-se, assim, o outorgado adquirente da propriedade às sanções da legislação protecional possessória. Recurso improvido.
Ap. Cív. 22.130-7. Relator: Des. EDUARDO JORGE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 22.130-7, originários da Vara Única da comarca de Araci, neste Estado, nos quais é apelante José Magalhães de Matos e apelado Cantídio Ferreira dos Santos.

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

Situando em campo exato a lide possessória, pôde a recorrida sentença dispor a justa forma, reintegrando na posse quem a efetivamente exercia.

E, no exame que a esta instância cumpre empreender, constata-se oferecerem os autos elementos que bem autorizam decisão confirmatória, posto que registrado, nas peças instrucionais e

pela edificante perquirição do *a quo*, o atendimento aos preceitos do art. 927 do Código de Processo Civil.

Do seu lado e no porfiar legítimo pela consecução do seu objetivo, o apelante desenvolve raciocínio que transmite conhecimento amplo dos institutos dominicais e possessório, mas que não logra afetar a fundamentação sentencial, exatamente pela sua condição jurídica de apenas proprietário e sucessor imediato de quem, desde muito tempo antes da transmissão, não exercitava a posse do imóvel transmitido.

Quanto ao autor e ora apelado, tem-se, de início, a considerar sua condição de filho do transmitente, reconhecida em instância primeira pelo então demandado, ora apelante, firmando-se daí o entendimento de que acertara o singular julgador ao formular, didaticamente, seu entendimento de que a posse do então demandante se originara de um permissivo assistencial paterno, sentencialmente enquadrado como comodato informal.

Juridicamente certa a abordagem, a ponto de provocar reação do apelante, manifestada em suas presentes razões e à forma de veemente censura à sua "vitaliciedade". Reação, assinala-se, injustificável, à vista do disposto no art. 1.250 do Código Civil, daí entender-se, quanto ao caso em foco, que o prazo comodatorial seria o necessário para o uso concedido, qual fosse o sustento do autor e de seus imediatos dependentes.

Irrelevante, também, o questionar dos 50 anos ou não de posse, quando o fato determinante do seu interesse processual é o comprovado exercício desta, em termos contínuos e de igualmente comprovada anterioridade à aquisição dominical contraposta.

Valendo-se, como se valeram,

ambas as partes de prova unicamente testemunhal, cuidadosamente avaliou o *a quo* todos os depoimentos, formando destes e do que mais as articulações de cada parte transmitiam o juízo da justa posse. Vale, ainda, observar que as assinaladas ausências do possuidor, inclusive por cumprimento de pena, não importando, como efetivamente não importaram, no afastamento de sua família da cultivada área, jamais traduziram cessação do exercício possessório e, segundo a teoria subjetivista, retração do *animus*.

De origem idônea, além de pública e contínua, a posse não fora elidida com a celebração da oposta escritura aquisitiva, já que o transmitente da propriedade, não exercendo, como bem sabido, a posse do imóvel, omitiu-se quanto à diligência interpelatória do reconhecido comodatário, exigência proclamada nos pronunciamentos tribunais e prelações referenciados à fl. 104.

Firmatário embora de público instrumento translacional, o outorgante, proprietário e não possuidor direto, jamais poderia transmitir posse ao outorgado, contra o qual, por esta circunstância e indubitavelmente, apto se achava o possuidor e ora recorrido a agir com reintegratório objetivo, porquanto esbulhado.

Analógica jurisprudência e melhor doutrina militam em favor de tal proclamação.

"A tomada da posse, por ato próprio, configura o esbulho" (4ª Câmara Cív. do TJ-SP, 14.09.67, RT393/190).

"A transmissão negocial só produz efeitos quando o transmitente exerce efetivamente a posse" (1ª Câmara Cív. do TJ-SP, 21.08.79, RT534/91).

"Quem adquire a propriedade de

um terreno sem entrar na posse do mesmo, porque em poder de terceiro, não pode invocar os interditos possessórios para fazer valer seus direitos de proprietário, por falta dos requisitos fundamentais que dão vida e substância jurídica às ações de manutenção ou reintegração de posse.

O remédio jurídico para isso só encontra manipulação condizente na ação petitória" (2ª Câmara Cív., do TJ-SC, 02.04.81, RT553/241).

"O que legitima o autor, na ação possessória, é o fato de posse. Portanto, carece o autor que só prova o domínio" (4ª Câmara Cív. do TJ-SP, 18.12.75, maioria, RT487/95).

"A turbção da posse é igual para o possuidor, provenha de terceiro ou do próprio proprietário. Se o possuidor imediato tem posse própria, o direito de a defender não pode ser suprimido somente porque a agressão partiu do possuidor mediato" (Orlando Gomes, *in Direitos Reais*, 7. ed., Forense, 1980, p. 48).

"Em síntese: a alegação de domínio não obsta a reintegração e nem a manutenção de posse, quando os interesses do possuidor, sendo legítimos, conflitam com os interesses do proprietário" (Renan Falcão de Azevedo, *in Posse — Efeitos e Proteção*, EDUCS/Revista dos Tribunais, 1987, p. 125).

Caracterizada a posse do ora apelado como fato que as contraprovas não reverteram, tem-se, por último, a declarar inaplicável, ao caso sob exame, a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal, visto que a disputa possessória não se há fundado no domínio do imóvel objeto seu.

E, de tudo que se há colhido e enunciado, por indicação direta das ocorrências e manifestações que os autos

registram, resulta a proposição, em voto, de improvemento do recurso, convalidando-se, destarte, a sentença, que revela cumprimento da lei na especificidade do seu objetivo.

Salvador, 28 de setembro de 1995.
Luiz Pedreira — Presidente. Eduardo Jorge — Relator.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONCESSÃO DE LIMINAR. OCUPANTE DE IMÓVEL NA QUALIDADE DE COMPANHEIRO DO DE CUJUS. PROVIMENTO DO RECURSO.

Não comete esbulho a companheira do de cujus que permanece, após o falecimento deste, na casa onde residiam e que, segundo a prova recolhida nos autos, juntos, construíram.

Agr. de Inst. 17.042-9. Relator: Des. JOÃO SANTA ROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 17.042-9, de Capim Grosso, sendo agravante Carmerinda Carneiro da Silva e agravada Jardelina Gomes Sampaio.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem divergência, em dar provimento ao recurso.

Carmerinda Carneiro da Silva, qualificada na inicial, por seu bastante procurador e advogado, agrava da decisão do doutor juiz de direito da comarca de Capim Grosso, que, nos autos de ação

de reintegração de posse, em que figura como ré, deferiu mandado de reintegração de posse em favor da autora, Jardelina Gomes Sampaio, sendo objeto da ação a casa onde reside.

Sustenta, inicialmente, que a agravada não tem legitimidade para figurar no pólo ativo da ação possessória, posto que não comprovou a sua condição de inventariante dos bens deixados por Jorge Gomes de Lima.

Garante não ser verdadeira a afirmação de que o *de cujus* tenha adquirido a casa objeto da ação de Edite Maria de Araújo, pois a compra foi de um lote de terra, com dinheiro dela, agravante, em cujo local se edificou uma casa e onde passou a morar com Jorge até a data do seu falecimento; que Jorge estava separado de sua esposa; a agravada, Jardelina Gomes Sampaio, invoca o testemunho de pessoas ouvidas na justificação, a requerimento da autora agravada, para deixar claro que a casa foi construída em terreno seu, com a colaboração e a ajuda do companheiro falecido. Critica o ato agravado que teria se baseado no art. 1.572 do Código Civil, para conceder a reintegração liminar, não entende como o magistrado considerou presentes, na hipótese, os pressupostos do *fumus bonis juris* e do *periculum in mora* e suplica o provimento do recurso para cassar a decisão que a despojou do imóvel, que, segundo alega, ocupa a justo título e boa fé.

Deferida a formação do instrumento, a agravada indicou peças para traslado e respondeu que não se deve conhecer do recurso, porque interposto dois dias antes da ciência do ato impugnado por parte da agravante; que não teria existência legal o agravo.

No mérito, refuta as razões da

insurgência e espera a confirmação do *decisum*.

Preparados os autos, o doutor juiz manteve a decisão e os encaminhou à instância superior, sendo distribuídos à Segunda Câmara Cível, onde, por sorteio, coube-me o encargo de relatá-los.

É o relatório.

Deve-se, antes de mais nada, examinar a pretensão da agravada no sentido de se não conhecer do recurso, a pretexto de ter sido exercitado antes do conhecimento oficial da decisão combatida.

Sem qualquer consistência tal postulação. Nada, absolutamente nada, estava a impedir que a agravante, tomando conhecimento da decisão que lhe afeta, ingressasse, de pronto, em juízo, como o fez, com o recurso adequado. Não estava, evidentemente, obrigada a aguardar a citação para, só depois, agravar. O que não lhe seria permitido era recorrer, depois de esgotados os cinco dias que a lei lhe faculta, para tanto.

Conhece-se, pois, do recurso.

Quanto à alegada ilegitimidade da autora para figurar no pólo ativo da ação, a agravante não se desincumbiu de prová-la. Não se sabe, sequer, pelos elementos carreados para os autos, se o processo sucessório chegou a ser instaurado. Muito menos quem seja o inventariante. A questão deverá ser desatada, pois, nos autos da ação.

A decisão agravada me parece, contudo, equivocada e, como tal, deve ser cassada.

Ficou sobejamente demonstrado nos autos, com a prova produzida pela própria agravada, que o falecido Jorge Gomes de Lima, dela separado e com quem litigava em ação de separação, no

juízo da comarca, vivia maritalmente com a agravante, Carmerinda Carneiro da Silva, na casa objeto da ação. Do referido imóvel, mudou-se para a eternidade. E ali permaneceu Carmerinda. Na residência, também funciona um pequeno negócio de cereais, que a recorrente administra. E, ao contrário do que afirma a autora, ora agravada, a aquisição a Edite Maria de Araújo foi de um lote de terra e não de uma casa. No terreno é que se edificou a casa. Vejamos o relato da vendedora: "que o Sr. Jorge esteve na residência da depoente em companhia de D. Carmerinda e compraram em mãos da depoente um lote de terra na rua Portugal, medindo sete metros de frente por vinte de fundos; que a ré falara para a depoente que o dinheiro da aquisição pertencia a ela, a ré, e que o documento deveria ser passado em seu nome; que nesse dia o Sr. Jorge e D. Carmerinda deram a depoente a importância de Cr\$200.000,00, restando pagar Cr\$10.000,00, que seriam pagos quando da confecção do documento do referido terreno". E adiante: "que nunca vendeu casa, que usaram o nome da depoente indevidamente como vendendo uma casa, pois, efetivamente, ela vendeu um terreno; que no terreno adquirido por Jorge e Carmerinda foi construída uma casa por Jorge e Carmerinda, pois os dois trabalharam na construção" (*sic* fls. 24 e v).

A impressão inicial que me ficou foi a que a hipótese não comportava a concessão de liminar a teor do disposto no art. 924 do Código de Processo Civil, pois existe a possibilidade de a agravante se encontrar na posse do bem há mais de ano e dia. Força é admitir, contudo, que ninguém se preocupou em fazer prova da data do alegado esbulho.

Uma coisa, porém, é indubitosa. Não há como admitir-se, *in casu*, a ocorrência de esbulho. A ré-agravante encontrava-se na posse da casa quando ocorreu o óbito do companheiro. Não a invadiu. Não praticou qualquer violência para dela assenhorear-se.

E o que é mais importante: há sérios indícios de que o imóvel lhe pertence. Ela alega e comprova ter vendido quatro tarefas de terras na fazenda Várzea Suja, no valor de Cr\$1.000.000,00. Essa venda, verifica-se, ocorreu em 28 de julho de 1992 e, segundo Edite Maria de Araújo, em outubro do mesmo ano, era-lhe cobrado o documento a fim de providenciar-se junto à Coelba a ligação da energia elétrica (fl. 24), o que leva à conclusão de que entre julho e outubro a casa estava sendo edificada.

É ainda de Cirilo Pereira da Silva a afirmação de que "sabe informar que o Sr. Jorge trabalhou na casa pertencente à ré, ajudando ela a construir a casinha dela" (fl. 25 v).

Mesmo que a agravante não consiga provar o seu direito sobre o imóvel, seja como proprietária, seja como meeira na qualidade de concubina de *de cujus*, dali ela não poderia ser despejada da maneira como o foi. A reintegração da viúva, do espólio, dos herdeiros, seja de quem for, só pode ocorrer pelas vias competentes. Observadas e respeitadas as exigências da lei.

Admitindo-se, até, que a agravante esteja no imóvel a título de comodato, ela teria que ser notificada, assegurando-lhe prazo para a desocupação. Só depois de decorrido esse prazo, sem a entrega do bem, é que o seu ato poderia ser interpretado como esbulho.

O equívoco do digno diz está manifestado na própria decisão guerreada.

Assim: "A participação ou não da ré como proprietária do imóvel, objeto da causa, há que ser discutida no momento oportuno. *Entretanto a integração deste imóvel ao monte-mor, há que ser imediato, pois assim determina o art. 1.572 do Código Civil*" (destaque nosso).

O art. 1.572 do Código Civil estabelece:

"Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Clóvis Beviláqua, o consagrado artífice do Código Civil, ensina que uma das consequências do princípio exarado no referido artigo é o herdeiro poder usar dos interditos possessórios, se alguém pretender a posse dos bens da herança (Código Civil, 9. ed. atual., Livraria Francisco Alves, v.6, p.7).

Há de ser examinado, discutido e decidido o alegado direito da agravante, ré no interdito possessório. O imóvel não tem que ser integrado imediatamente ao espólio, como pensa o *a quo*. Ele confunde transmissão de posse e domínio com reintegração. A transmissão é ficta e ocorre desde a morte da pessoa, quando se abre a sucessão. A reintegração é ato judicial decidido à luz da prova, com respeito à lei e ao direito.

Dá-se, pois, provimento ao recurso para cassar a decisão agravada.

Salvador, 22 de novembro de 1994.
José Abreu — Presidente. João Santa Rosa — Relator.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS PROPOSTA CONTRA BANCO. PREJUÍZOS PELA AÇÃO DO GERENTE DO ESTA-

BELECIMENTO AO CLIENTE. RESPONSABILIDADE BASEADA NA TEORIA DORISCO PROFISSIONAL. AGRAVO RETIDO RENUNCIADO. NÃO-CONHECIMENTO. CONFISSÃO. MEIO DE PROVA. MÉRITO.

Tendo o apelante manifestado agravo retido da decisão que indeferiu a denúncia à lide e deixando, nas razões de apelo, de pedir, expressamente, o exame de tal matéria, considera-se renunciado o recurso e dele não se conhece. A aplicação ou não da pena de confissão constitui prova e, como tal, deve ser apreciada com o mérito da causa. Com base na teoria do risco profissional, os bancos são responsáveis pelos danos causados, por seus prepostos, a clientes e correntistas.

Ap. Civ. 12.857-0. Relator: Des. JOÃO SANTAROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos estes autos de apelação cível 12.857-0, da Capital, sendo apelante o Banco Econômico S.A. e apelado o Espólio de Joaquim Matos Dias, representado por sua inventariante, Esmeralda Cruz Dias.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem divergência, em não conhecer da matéria referente à falta de citação do denunciado à lide, considerar embutida no mérito a que diz respeito à não-aplicação da pena de confesso para, ao final, negar provimento ao apelo.

Cumprido deixar claro, antes de mais

nada, que, embora figure como apelado Joaquim Matos Dias, apelado, na verdade, é o Espólio de Joaquim Matos Dias, aqui representado pela inventariante, Esmeralda Cruz Dias. O autor faleceu no dia 29 de maio de 1992 (fl. 316). A substituição se fez regularmente, tendo a viúva meeira prestado o compromisso de inventariante (fl. 343).

Ao final da peça recursal, o apelante alega que o juiz deixou de dispensar qualquer referência ao seu pedido de citação, como denunciado à lide, do gerente do banco Eduardo Cesar da Mata Dourado.

Observa-se, contudo, que o julgador, à fl. 295, considerou dispensável a denúncia da lide. Essa decisão foi objeto de agravo retido da parte do apelante (fls. 296 a 303). O que poderia, pois, o recorrente fazer era pedir expressamente (art. 522, § 1º, do CPC), nas suas razões, sua apreciação pelo Tribunal. Mas não o fez. Renunciou ao agravo.

Não se conhece, pois, da matéria.

Outra matéria a merecer exame, antes do enfrentamento do mérito propriamente dito, é a que diz respeito à aplicação da pena de confissão. Sustenta o apelante que, não tendo comparecido, apesar de intimada, a representante do espólio para prestar depoimento, ao juiz não restava alternativa outra que não a aplicação da pena de confesso. A matéria deve ser examinada, não como preliminar mas no contexto das provas, tendo em vista que o depoimento pessoal constitui meio de prova.

Labora, contudo, em equívoco o apelante. Na forma do disposto no art. 243, § 1º, do Código de Processo Civil:

“A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso

não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor”.

O mandado é o que se lê à fl. 350 e que determina a intimação das partes para o comparecimento à audiência de instrução e julgamento, designada para 30 de novembro de 1992, às 14h30min. Não manda intimar para a prestação de depoimento e dele, muito menos, consta a advertência obrigatória.

A jurisprudência assim se orienta:

“A pena de confissão — meio de prova, aliás, que conduz a uma presunção relativa, e não absoluta — somente poderá ser aplicada se no mandado intimatório constar expressamente, para ciência inequívoca do intimado, que, se o mesmo não comparecer ou se recusar a depor, se presumirão verdadeiros os fatos contra ele alegados. Não é bastante a sucinta menção à pena de confissão (STJ-SP, 4ª T., REsp. 2.430, rel.-min. Athos Carneiro)”.

“Não pode ser imposta a pena de confissão se a parte não foi intimada com advertência constante deste parágrafo” (RT 593/131, 569/165, RF317/265, JTA 33/432, 34/331, 91/133. In Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25. ed., p. 292).

Não há, pois, como cogitar-se da aplicação da pena de confissão.

A defesa do apelante, nesta ação, concentrou-se, fundamentalmente, em dois pontos: a falsidade dos documentos que instruíram a inicial e o conluio que teria havido entre o gerente do estabelecimento e o correntista, no caso, o autor, na prática de uma série de atos delituosos.

E essa defesa começou a desmoronar-se com a perícia no incidente de falsidade argüido pelo réu-apelante. Comprovada a autenticidade dos documentos —

di-lo o juiz na sua decisão de fl. 172 v —, o estabelecimento bancário parece ter sucumbido ao impacto de tal resultado. Aceitou-o. Dele não recorreu.

Ora,

“a sentença de incidente de falsidade faz coisa julgada entre as partes, ainda que *incidenter tantum*. Decide a questão, inclusive com respeito a todos os litígios nos quais o documento possa ter relevância” (RT 598/161, JTA 98/363).

Declarados verdadeiros, autênticos os documentos que comprovam uma série de aplicações do autor no estabelecimento bancário insurgente, fragiliza-se a sua defesa também na parte em que garante que cliente e gerente associaram-se para desfalcá-lo.

Alegar e não provar é o mesmo que não alegar. O autor-apelante não fez qualquer prova do alegado conluio entre o gerente e o cliente. Insistiu no depoimento do seu preposto, Eduardo Cesar da Mata Dourado, como está no termo de audiência de fl. 342, mas, inexplicavelmente, dele desistiu, deixando de ouvi-lo na audiência de 4 de maio de 1993, quando pediu o encerramento das provas, em face da ausência da parte autora e do seu advogado. Ocorre que a prova que pode ser dispensada é a da parte que não compareceu (art. 453, § 2º, do CPC). Aliás, nessa audiência, com a ausência da outra parte, o apelante esteve à vontade para provar o que alegou, inclusive, ouvindo as testemunhas que arrolou. Mas limitou-se a pedir o encerramento de provas, no ledó engano da ocorrência da confissão.

A perícia contábil, da qual o apelante extrai fragmentos, aqui e acolá, não lhe aproveita, no seu conjunto. Ao contrário. Na expressão do juiz sentenciante,

“retrata o quadro de movimentação do falecido acionante, a respeito de cujo laudo o requerido nem se dispôs manifestar, não restando qualquer dúvida sobre esses valores confiados ao ex-gerente para depósitos e aplicações financeiras, dos quais vinha, rotineiramente, se apropriando”.

É certo que o apelante trouxe aos autos cópia da denúncia oferecida pelo Ministério Público, em que o autor figura como acusado juntamente com o gerente do banco. Dá-se, contudo, que essa denúncia, diante do princípio de presunção de inocência consagrado pela própria Constituição Federal, nada prova. E nem mesmo se preocupou o recorrente em, ao menos, trazer ao processo a posição do procedimento criminal que se teria instaurado.

O que ninguém tem dúvida é do comportamento criminoso do gerente, ou seja, do empregado, do preposto do apelante. Tanto que foi demitido. Comportamento que causou sérios e graves prejuízos ao autor, que depositou no banco, em seu nome e no de suas filhas, todas as suas economias. E não agiu somente em relação ao autor. Lesou, igualmente, outros clientes importantes da respeitável instituição de crédito. O que, de certo modo, põe por terra a tese da sociedade criminosa entre empregado e cliente.

O Prof. Carlos Alberto Bittar, em estudo publicado na *Revista dos Tribunais* 614, sob o título *Responsabilidade Civil dos Bancos na Prestação de Serviços*, assinala que, “em posicionamento embasado na teoria do risco profissional, os bancos têm sido responsabilizados sistematicamente pelos tribunais, a menos que provem culpa do cliente ou ocorrência de causa excludente

admitida (dentro das ações de força maior ou caso fortuito)”, e acrescenta que a jurisprudência tem responsabilizado banco e demais entidades, entre o mais, “na apropriação de numerário por funcionário (entregue para depósito ou para aplicação inclusive em agência)”.

E aqui está uma amostragem dessa orientação pretorial:

“Banco. Apropriação de dinheiro de cliente por preposto. Obrigação de indenizar. Apelação não provida.

O banco é responsável pelos negócios realizados em suas agências por seu preposto com clientes e correntistas” (ac. unân. da 3ª Câm. Cív., do TJ-RJ, rel.-des. Salvador Pinto Filho, *in* RT547/190).

“Responsabilidade civil. Banco. Prejuízo causado ao cliente. Indenização. Correção monetária.

Os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou de caso fortuito ou força maior” (ac. da 7ª Câm. do 1º TACív.-SP. rel.-juiz Luiz de Azevedo, RT589/143).

“Incontestavelmente, o banco é responsável pelo ato ilícito do empregado que age na esfera de suas atribuições aparentes, e não pode opor ao prejudicado a circunstância de haver o dependente abusado de suas funções efetivas se o terceiro não tinha conhecimento dessa delimitação (José Aguiar Dias, *in* *Da Responsabilidade Civil*, Forense, 1960, v.2, p. 585; Pontes de Miranda, *in* *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, 1966, t. 53, p. 152; Sílvio Rodrigues, *in* *Direito Civil, Responsabilidade Civil*, Saraiva, v. 4, p. 74-76; Alvino Lima, *in* *Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*, Forense, 1973, p. 52).

Segundo José Aguiar Dias, patrão e empregado, preponente e preposto são, nesse produto de conciliação entre o princípio subjetivo e as necessidades da política da reparação do dano, uma só e única pessoa. Abstrai-se do fato de ter sido o dano produzido materialmente pelo empregado. Este foi apenas o elo, o instrumento do qual se realizou o fato danoso, isto é, através do qual se manifestou a falha de organização de que resultou que o serviço prejudicasse a outrem”.

Segue-se que o abuso funcional, cometido por preposto, torna certa a obrigação de indenizar, em face do disposto no art. 1.521 do Código Civil” (ac. unân. da 6ª Câm. do TACív.-SP, rel.-juiz Monhamed Amaro, *in* RT481/131).

Por estes fundamentos e pelo mais que dos autos consta, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 20 de junho de 1995. João Santa Rosa — Presidente e Relator.

ALIMENTOS. ACORDO EXTRAJUDICIAL ENTRE CÔNJUGES. ALTERAÇÃO SOMENTE ATRAVÉS DE AÇÃO DE REVISÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITUM. HOMOLOGAÇÃO.

Celebrado acordo extrajudicial de alimentos entre cônjuges, a sua alteração judicial somente poderia ocorrer através de ação de revisão da respectiva pensão, revelando-se extra petitum a sentença que exonerou da obrigação alimentante, quando deveria homologar o negócio jurídico. Apelação provida.

Ap. Cív. 15.486-3. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta por Maria Magdalena Pedreira Peixoto, sendo apelado João Duder Peixoto.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, incorporado a este o relatório de fls., em dar provimento ao recurso para, reformando a sentença, homologar o acordo de alimentos.

Celebrado o negócio jurídico materializado no instrumento de fls. 12 a 14, convencionaram os cônjuges — apelante e apelado —, dentre outras disposições, a prestação de alimentos ao cônjuge feminino, correspondente a 20% da renda mensal do cônjuge varão, “ressaltado que, na ocasião da conversão da separação consensual em divórcio, será negociado o valor da pensão mensal” (fls. 12 e 13).

Com lastro naquele negócio jurídico, a apelante propôs a ação de alimentos com pedido de confirmação dos alimentos, no *quantum* pactuado.

A sentença relegou ao oblívio o pactuado relativamente aos alimentos, porque despido de sanção, como opinou o Ministério Público.

Ocorre que se trata de negócio jurídico válido, preenchendo os requisitos essenciais quanto ao agente, objeto e forma. A alegada falta de efeito coercitivo não induz que não deva ser cumprido. Até mesmo as leis que se classificavam, no Direito Romano, quanto à sanção, em imperfei-

tas, que não impõem pena a quem as transgride e não anulam o ato, de que se tem exemplo no casamento da viúva antes de 10 meses do óbito do marido, elas existem e produzem efeitos.

Incontrovertida a validade do negócio jurídico, com o nascimento de obrigação alimentar para o apelado. O fato de não poder ser considerado transação, porque não previne litígio, nem se fazem concessões que envolvam direitos indisponíveis, não deixa de constituir fonte de obrigações. Reportando-se ao tema, Orlando Gomes preleciona:

"Tal obrigação pode ser pactuada pelos cônjuges, expressa ou tacitamente. Frequentemente, porém, resulta de sentença judicial em ação de alimentos" (*Direito de Família*, 5. ed., Forense, 1983, p. 228).

E adverte o notável civilista:

"São válidos os pactos entre marido e mulher para o estabelecimento de uma pensão alimentar de um em favor do outro, mas não impedem que o interessado promova, em juízo, sua revisão. Tais pactos não devem ser considerados transação, eis que não previnem litígio nem produzem efeito de renúncia do direito em troca do pagamento de prestações periódicas e pecuniárias" (*op. cit.*, p. 289).

Desse entendimento, não discrepa Sílvia Rodrigues:

"A prestação de alimentos pode decorrer da vontade das partes, quer manifestada através de contrato, quer através de testamento" (*Direito Civil — Direito de Família*, 3. ed., Saraiva, 1973, v. 6, p. 334).

Entende-se, pois, que o pedido era, efetivamente, de homologação do acordo, que não poderia ser negado, em face da validade do negócio jurídico celebrado.

Julgando improcedente a ação, a meritíssima juíza *a qua* o fez ao arrepio do princípio da adstrição ao pedido da parte, que se embasa no vetusto brocardo *sententia debet esse conformis libello* e está insculpido no art. 460 do Código de Processo Civil.

Conquanto a apelante tenha argüido a preliminar como de julgamento *ultra petitum*, entende-se que se trata de *extra petitum*.

Revela-se também *extra petitum* porque não houve pedido de exoneração, que somente seria cabível em ação de revisão de alimentos, cônsono observa Washington de Barros Monteiro:

"Todas essas modificações são requeridas mediante ação ordinária, aforada perante o mesmo juízo que anteriormente havia arbitrado os alimentos, segundo o disposto no art. 108 do Código de Processo Civil. É a ação de revisão ou de modificação a que se refere o art. 471, I, do mesmo Código e através da qual se assegura essa particular característica da obrigação alimentar, sua variabilidade" (*Curso de Direito Civil — Direito de Família*, 9. ed., Saraiva, 1980, v.2, p.295).

Impende considerar que a sentença inadmitiu a reconvenção, com fundamento em que a ação de alimentos teria procedimento sumaríssimo, equívoco inadmitido pela jurisprudência. Primeiro, porque o seu procedimento é especial (art. 1º da Lei 5.478, de 25.07.68); segundo, porque, no caso, envolvendo exoneração dos alimentos, e não ação de estado, como negatória da paternidade, seria possível.

Nesse sentido, é o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, da lavra do então desembargador Sydney Sanches, hoje ministro do Supremo Tribunal Fe-

deral, cuja ementa é abaixo transcrita.

“Alimentos. Reconvensão. Ação de exoneração de prestação alimentícia. Cabimento. O novo Código de Processo Civil admite a reconvensão em qualquer ação, desde que conexa com a principal ou com o fundamento da defesa. Norma que se aplica, também, às ações reguladas pela Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, exceto quanto à revisão de alimentos provisórios fixados no despacho inicial de ação de alimentos” (5ª Câm. Cív., agr. de inst. 234.127, de 23.08.74, *apud Jurisprudência*, de Sérgio Luiz Monteiro Sales, *Tribuna da Justiça*, 1976, p. 37).

Transitada em julgado, na parte em que rejeitou a reconvensão, porque não houve inconformidade do apelado, não mais se pode discutir o tema, ficando, aqui, o registro do equívoco praticado.

Desconsiderada a reconvensão, inadmissível tê-la como peça integrante da contestação. Em se tratando de ação do réu contra o autor, a sua inadmissibilidade implica indeferimento, não podendo convertê-la a respectiva petição em parte da contestação.

E indeferida a reconvensão, somente através de ação de revisão de alimentos poderia o réu pleitear a exoneração da obrigação alimentar.

Não é processual, pois, converter-se a reconvensão em contestação, porque, embora integrante da resposta, ao lado das exceções, tem escopo diverso — é a ação do réu contra o autor.

Em face do julgamento *extra petitum* do autor e considerando que se trata de homologação de negócio jurídico válido para que possa constituir título executivo judicial, porque não está o respectivo instrumento subscrito por duas testemunhas (art.

585, II do CPC), dá-se provimento ao recurso para, reformando a sentença, homologar o acordo de alimentos.

Salvador, 28 de março de 1995.
João Santa Rosa — Presidente.
Amadiz Barreto — Relator.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. FALTA DE PAGAMENTO. CORTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AMPARÁVEL POR MANDADO DE SEGURANÇA.

Não tem direito líquido e certo amparável por mandado de segurança o usuário do serviço de fornecimento de água cortado que, não pagando conta devida, pretende a sua continuação. Apelação provida.

Ap. Cív. 19.022-5. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta por Embasa — Empresa Baiana de Águas e Saneamento S.A. —, sendo apelado o Município de Barreiras.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em dar provimento ao recurso para cassar a segurança concedida.

Trata-se de mandado de segurança concedido ao Município de Barreiras, que tivera interrompido o fornecimento de água pela apelante, em virtude de

falta de pagamento da respectiva conta de consumo.

Fora concedida liminar, posteriormente cassada pelo presidente deste egrégio Tribunal (fl. 52).

Concedeu-se a ordem, consoante sentença de fls. 153 a 156, invocando-se como fundamento o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90).

A vencida interpôs apelação, sustentando que, em se tratando de contrato bilateral, o serviço de água pode ser interrompido por falta de pagamento do seu consumo, nos termos do art. 1.092 do Código Civil, que contempla o princípio do contrato inadimplido, em que uma parte não pode exigir o seu cumprimento antes de cumprir a sua obrigação, considerando inaplicável a norma do Código de Defesa do Consumidor e citando em seu favor doutrina e jurisprudência.

Sustenta, ainda, o descabimento de condenação em honorários advocatícios, em mandado de segurança (fls. 164 a 169).

Respondeu o apelado, pugnando pela manutenção da sentença (fls. 179 a 181).

Houve preparo (fl. 186).

O Prof. José Luiz de Oliveira, eminente procurador de justiça, emitiu parecer pelo provimento parcial do recurso (fls. 193 a 197).

Não tem incidência, no caso *sub judice*, a norma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, não se trata de submeter a constrangimento ou ameaça o consumidor inadimplente, mas de negar o fornecimento do serviço de água por falta de pagamento do respectivo consumo, eis que, versando sobre obrigação oriunda de contrato bilateral, a parte não pode exigir o seu

cumprimento se deixa de cumprir a sua.

Fosse possível acolher o pedido do apelado e o serviço seria fatalmente interrompido, à míngua de recursos para seu prosseguimento, pois qualquer consumidor poderia valer-se da mesma invocada norma.

Além dos arestos mencionados à fl. 58, também o Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo considerou que não é institucional a lei que determina a suspensão do fornecimento de água ao consumidor inadimplente:

“Não é inconstitucional lei que determina o corte de água para residência de consumidor em débito” (2ª Câmara, ap. 239.293, de 10.05.78, rel. -juiz Geraldo Arruda; in RT 514, ag. 178, p. 136).

Vê-se, pois, que o apelado não teve direito líquido e certo a merecer proteção através do remédio heróico. O direito é da apelante em ter paga a conta de consumo de água e que fora, praticamente, negado, pois o apelado obteve a ordem para que continuasse usufruindo o serviço sem a contraprestação.

Ante estes fundamentos, dá-se provimento ao recurso, para cassar a sentença concessiva do mandado de segurança.

Salvador, 15 de agosto de 1995.
José Abreu — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

CONDOMÍNIO PRO DIVISO. IMÓVEL. ALIENAÇÃO DE PARTE IDEAL.

O condomínio pro diviso se apresenta quando os condôminos, com a aprovação tácita recíproca, se instalam em parte de área comum e sobre ela exercem todos os

atos de proprietário, singular e com exclusão de seus consortes, como se já houvesse a gleba sido partilhada. Tratando-se de imóvel divisível, pode o comunheiro alienar livremente o seu quinhão.

Ap. Cív. 1.351/90. Relator: Des. JOÃO SANTAROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 1.351/90, de Entre Rios, em que são apelantes Antônio Silva Cavalcanti e sua mulher e apelados Edmundo Souza Castro e sua mulher.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao apelo e o fazem pelas razões seguintes.

Trata-se de ação de anulação de ato jurídico movida por Antônio Silva Cavalcanti e sua esposa contra Antônio Carlos Martinelli Casaroni e Edmundo Souza Castro, onde se objetiva a nulidade de compra-e-venda do imóvel possuído em condomínio, cancelamento do registro e a reintegração de posse em favor dos autores, até que se proceda à extinção do condomínio.

Inicialmente, há de se rechaçar a alegação de ilegitimidade *ad causam* dos apelantes ante as provas produzidas nos autos.

Com efeito, o apelante possuía em condomínio, juntamente com Pedro de Assis, uma área de 490 ha 31 a e 34 ca na fazenda Azul. Não tendo sido feita a divisão do imóvel, presumem-se iguais os quinhões dos

condôminos, ou seja, aproximadamente 245 hectares para cada um.

O apelante alienou 130 hectares de sua fração ideal a João Evangelista de Souza, permanecendo, contudo, proprietário da área remanescente (115 hectares), sendo, conseqüentemente, parte legítima para figurar no pólo ativo da demanda (fls. 6 e 38).

Do exame dos autos, infere-se que ambos os comunheiros, apesar da indivisão do imóvel, possuem área certa e determinada e sobre elas cada um exerce todos os direitos inerentes ao proprietário e compatíveis com a indivisão. E tanto isso é verdade que a metade ideal que cabia a Pedro de Assis denominava-se fazenda Polivalente e como tal foi alienada a Antônio Carlos Martinelli Casaroni. Com a venda feita por este a Edmundo Souza Castro, dita propriedade passou a chamar-se fazenda Santa Helena, reforçando a tese de que cada condômino possuía área certa e determinada, apesar da indivisão do imóvel.

A metade ideal do apelante continuou a chamar-se fazenda Azul ou Sucupira, e ele próprio alienou 130 hectares da mesma a João Evangelista de Souza (fl. 38).

A venda feita pelo condômino de sua parte ideal no imóvel possuído em condomínio encontra amparo no art. 623, I e II, do Código Civil, que preceitua:

“Artigo 623 — Na propriedade

de em comum, compropriedade, ou condomínio, cada condômino ou consorte pode:

I — usar livremente da coisa conforme o seu destino, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão.

II —

III — Alhear a respectiva parte

indivisa, ou gravá-la (art. 1.139)".

"No mesmo sentido a lição do mestre Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 5, p. 195, *verbis*:

"Na prática, conhece-se aquilo a que uma parte da doutrina costumou chamar de condomínio *pro diviso*, que se apresenta quando os condôminos, com a aprovação tácita recíproca, se instalam em parte da área comum e sobre ela exercem todos os atos de proprietário singular e com exclusão de seus consortes, como se já houvesse a gleba sido partilhada. Surge uma situação de fato que não corresponde a uma situação de direito. A jurisprudência tem prestigiado essa situação de fato, concedendo, ao condômino dessa maneira localizado proteção possessória. A solução jurisprudencial é boa, pois o comunheiro, porventura prejudicado, pode evitar os inconvenientes da comunhão *pro diviso*, demandando divisão da coisa comum".

E mais:

"Por conseguinte, se se tratar de coisa divisível, ampla é a liberdade do comunheiro, que pode livremente alienar o seu quinhão".

A alegação do apelante, de que Antônio Carlos Martinelli Casaroni alienou a Edmundo Souza Castro 361 hectares, configura-se um equívoco, uma vez que consta da escritura que a fazenda Polivalente, corresponde à metade da fazenda Azul, conforme título 46.662, datado de 6 de novembro de 1979, medindo 245 hectares. "Que a presente venda é feita *ad corpus*, não importando em responsabilidade para o outorgante-vendedor a existência de área menor ou maior que a enunciada, nem em obrigação do outorgado-comprador de pagar mais, na hipótese de existência de área maior, uma vez que

o imposto de transmissão *inter vivos* foi recolhido sobre uma área de 361 hectares" (fl. 32v).

Além disso a transmissão do imóvel obedece a uma cadeia sucessória, de modo que ninguém pode transmitir mais direitos do que possui.

Razão assiste ao apelante quando alega que houve atualização aleatória do valor da causa para Cr\$500.000,00, ali incluída a sucumbência e a penalidade prevista para o litigante de má fé.

Ademais, a litigância de má fé prevista no art. 16 do Código de Processo Civil encontra seus parâmetros no art. 17 do mesmo estatuto processual, tendo a sentença atacada se limitado a referir-se à penalidade para a mesma sem motivar a sua decisão.

"Não se pode reputar de má fé, mesmo porque a presunção é no sentido contrário, quando aquele que procura resolver, em juízo, uma controvérsia, ou quem exerce o direito subjetivo de defesa. Presume-se que os litigantes estejam sempre de boa fé, não obstante erros palmares, segundo o entendimento de quem julga. Incide a regra quando ocorre na dedução da pretensão manifesta e dolosa intenção de prejudicar, de causar dano e por igual na defesa. A falsa ou errônea interpretação do fato ou do direito é da contingência humana. Se assim não fosse, num mundo de perfeição, desnecessária a função estatal de aplicar a lei aos casos concretos" (ac. unân. da 4ª Câm. do 1º TACív.-SP, na ap. 213.844, rel.-des. Bandeira de Melo, in *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, v. 1., p.157).

Nada nos autos induz a convencimento de ser o apelante um litigante de má fé, e essa tese é reforçada, cotejando-se com os balizamentos determinados

pelo art. 17 do Código de Ritos.

Não se houve bem a doutora juíza *a qua*, quando julgou a ação improcedente, extinguindo-a com julgamento do mérito, fundamentada no art. 269, I, e, por um lapso também sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, IV, do Código de Processo Civil.

Ora, com a simples leitura dos autos, nota-se com clareza que a magistrada apreciou o mérito na sua sentença, pois a causa foi decidida com embasamento nas provas produzidas no processo, segundo a própria doutora juíza afirmou na fl. 121, "julgarei o mérito, porque possível".

Pelas razões acima expendidas e por tudo mais que consta dos autos, dou provimento parcial ao apelo para afastar a condenação de litigante de má fé atribuída ao apelante, determinando em consequência que o valor da causa seja o constante da exordial.

Salvador, 30 de maio de 1995. João Santa Rosa — Presidente e Relator.

DESERÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

Não é suficiente que o apelante tenha efetivado o pagamento do preparo em tempo hábil, sendo indispensável a entrega das respectivas guias em cartório, se não nos 10 dias então previstos pelo art. 519, ao menos nos cinco dias previstos pelo art. 185 do Código de Processo Civil. Atualmente, com a nova redação dos arts. 511 e 519 (Lei 8.950/94), o preparo passou a ser antecipado. Ap. Cív. 20.702-5. Relator: Des. JOÃO SANTA ROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 20.702-5, da Capital, em que é apelante Benedito José de Argolo e apelado Pago — Patrimonial São Gonçalo Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem discrepância de voto, em não conhecer do recurso, pelos motivos a seguir expostos.

Cuida-se de ação de despejo de imóvel não-residencial.

Adoto o relatório da sentença de fls. 22/25, acrescentando que a doutora juíza *a qua* julgou procedente o pedido, declarando rescindida a locação, decretando o despejo e condenando o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado, apelou o vencido.

Argúi, preliminarmente, ainda que de forma irregular, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado da lide, sem que fosse devidamente apreciada a preliminar de ofensa a seu direito de preferência na aquisição do imóvel.

No mérito, acusa a sentença de contrariar a legislação do inquilinato, por estar fundamentada nas inverdades que compõem a inicial, já que nunca foi locatário da apelada, que também não é a única proprietária do imóvel, sendo que os outros dois adquirentes não assinaram a procuração constante dos autos.

Por tais motivos, requer provimento ao recurso, para que se reforme a sentença de primeiro grau, invertendo-se a sucumbência.

Em contra-razões de fls. 34/37,

rebatendo a argumentação do recurso e ratificando a fundamentação da sentença, bate-se pela sua integral manutenção.

Pago o preparo, subiram os autos à superior instância, distribuídos a esta Segunda Câmara Cível, cabendo-me, por sorteio, a função de relator. Examinei-os detidamente, determinando a seguir sua inclusão em pauta para julgamento, por se tratar de feito não sujeito à revisão, de acordo com a Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

É o relatório.

Não possui condições de conhecimento o presente recurso, *data venia*, em face da sua deserção, por injustificada inércia do apelante.

Regularmente intimado para o preparo, através do Diário da Justiça de 23 de dezembro de 1994, uma sexta-feira, deveria o apelante efetuarlo, pagando as custas e promovendo a juntada do DAJ até 4 de janeiro de 1995, uma quarta-feira.

Entretanto, ainda que o carimbo bancário ateste, o pagamento foi realizado em 27 de dezembro de 1994, a respectiva guia só foi juntada aos autos em 25 de janeiro de 1995, conforme atesta a certidão de fl. 32v.

Acatando a juntada extemporânea e injustificada, determinou o doutor juiz a remessa dos autos a esta superior instância.

Opõe-se a tal decisão a jurisprudência aplicada ao art. 519 do Código de Processo Civil, em sua antiga redação, modificada pela Lei 8.950, de 13 de dezembro de 1994, que estatuiu o pagamento antecipado do preparo na nova redação do art. 511:

"Não basta que o preparo seja feito oportunamente, sendo necessária a jun-

tada da guia de recolhimento aos autos pelo menos no prazo de cinco dias a partir deste ato" (ac. unân. da 2ª Câmara do TJ-SC, rel.-des. Eduardo Luz, *Jurisp. Catarinense* 62/88; in Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, 5. ed., p. 2.079).

"Não basta que o apelante tenha feito o preparo oportuno de seu recurso, sendo indispensável a juntada oportuna do comprovante respectivo ou a comprovação de justo impedimento em caso de retardamento, para evitar a deserção" (ac. unân. da T. Cív., do TJ-MS, rel.-des. Leão Neto do Carmo, *RJTJMS* 23/34; ob. cit., p. 2.077).

E é evidente a racionalidade de tal posicionamento.

Determinava o art. 519 do Código de Processo Civil, em sua antiga redação, que o apelante efetuaria o preparo no prazo de 10 dias, ficando claro que o ato de efetuar compreenderia o pagamento e sua comprovação, com a juntada das respectivas guias, tudo no prazo de 10 dias, que alguns tribunais, em interpretação liberal, *maxima venia*, estendiam por mais cinco dias, em atenção do art. 185 do mesmo diploma processual, valendo acrescentar que, no presente caso, transcorreram 21 dias entre a intimação do apelante e a juntada das guias.

Ainda que se admita, em tese, poder o juiz relevar a pena de deserção, nas hipóteses de erro cartorário ou justo impedimento, devidamente comprovado, não é o que se pode observar no caso *sub examen*.

Vale o seguinte aresto, bem a critério:

"Relegada pelo juiz a pena de deserção com a restituição do prazo para a realização do preparo, deve o Tribunal *ad quem* aferir a legitimidade

da decisão do juiz *a quo*. A omissão afronta ao art. 519 do CPC" (ac. unân. da 1ª T, do STF, rel.-min. Bilac Pinto, RTJ 77/610; ob. cit. p.2.082).

Conforme exposto, em se tratando de prazo peremptório, é de se conhecer de ofício, como ora se conhece, a evidente deserção que se operou no presente recurso.

Não se conheceu, pois, do recurso.

Salvador, 20 de junho de 1995.

João Santa Rosa — Presidente e Relator.

DIVÓRCIO. SEPARAÇÃO DE FATO POR 15 ANOS. ALEGAÇÃO DE MÁ CONDUTA. PROVAS INCONCLUSIVAS. CONCUBINATO INTERCORRENTE DO AUTOR. PENSÃO ALIMENTÍCIA.

Fundamentando-se o pedido de divórcio em conduta desonrosa da mulher, após uma separação de fato de mais de 15 anos, deve ser conclusiva a prova oferecida, cabendo ao magistrado analisar com a máxima prudência a prova testemunhal, desconsiderando mesmo as declarações prestadas "por ouvir dizer". Nada obsta a fixação de alimentos durante a ação de divórcio, mormente se improvada a alegada culpa da parte.

Ap. Cív. 17.378-4. Relator: Des. JOÃO SANTA ROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 17.378-4, de Catu, em que é apelante Maria Anália

de Araújo Alves e apelado Grimaldo Alves.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem discrepância de voto, em dar provimento ao recurso, pelos motivos a seguir expostos.

Conforme se depreende do relatório, insurge-se contra a sentença do primeiro grau, acusando-a de mal interpretar a prova dos autos, que, a seu sentir, não se presta a atestar a alegada infidelidade conjugal. E, pelo que dos autos consta, conforme também observa a douta Procuradoria de Justiça, razão assiste à apelante, *data venia*.

Após dezessete anos de casamento, no qual foram gerados quatro filhos, afastou-se do lar o apelado, nos idos de 1977. Decorridos mais de 15 anos do seu afastamento, logo após o aforamento de uma ação de alimentos, propôs o apelado a presente ação de divórcio, afirmando que a separação do casal resultou de conduta desonrosa por parte da apelante, que por diversas vezes cometeu adultério, com diferentes parceiros, chegando mesmo a nominar alguns.

Contestou a apelante, negando todas as acusações e afirmando que, mesmo após a separação de fato, só manteve relacionamento sexual com o apelante, em ocasiões que o mesmo ia buscá-la para tanto, sendo que o apelado é que mantinha relações extraconjugais, chegando a ter filhos com uma das companheiras.

No presente caso, tendo em vista o longo período entre a separação de fato e a presente ação, é de se analisar com a máxima prudência a prova testemunhal, que, na hipótese dos autos, é a que

se presta a instruir a decisão. E a prova colhida, *concessa venia*, não se mostra capaz de imputar conduta desonrosa à apelante, muito menos a arrimar a acusação de prática de adultério.

As testemunhas arroladas pelo apelado (fls. 27, 28 e 30 v) apenas declaram, "por ouvir falar", que a apelada teria um "caso" com um tal Castelo, sendo que a última (fl. 30v) chega ao requinte de afirmar que viu uma mulher abaixada em um carro em certa ocasião, sendo-lhe dito que se tratava da apelante, mas não viu seu rosto, sequer podendo lhe identificar a cor da pele.

Já as testemunhas oferecidas pela apelante (fls. 29/30) atestam a boa conduta da mesma, confirmando sua alegação de que só saía com o próprio apelado. Conforme bem apontou o eminente procurador de justiça, a prova se mostra conflitante e não-conclusiva, levando mesmo a doutora juíza a declinar do adultério para a injúria grave perpetrada a longo curso, que, em verdade, também não restou satisfatoriamente comprovada.

Por outro lado, sabendo-se que a separação de fato não desonera o casal do dever de fidelidade conjugal, o fato de haver o apelado confessado duas relações concubinárias durante o período de ausência do lar conjugal, uma delas com filhos, já se presta a caracterizar conduta incompatível e mesmo injúria grave.

Vale observar que um dos filhos do apelado teria dezesseis anos em 1993 (fl. 14v), levando ao lógico raciocínio de que teria nascido em 1977, exatamente à época da separação de fato. Porém, não tendo sido oferecida reconvenção, descabe análise da culpa do apelado.

Ainda assim, não se pode chancelar a interpretação que a doutora juíza *a qua* deu à prova, que, conforme exposto, não conduz a um juízo moral capaz de imputar o pesado estigma de adúltera à apelada. Em relação à verba alimentar, nada obsta sua concessão, mormente quando se verifica nos autos manter o apelado sob sua gestão todos os bens do casal.

Ao final, em consonância com o posicionamento do Ministério Público, é de se reformar, como ora se reforma a sentença do primeiro grau, decretando-se o divórcio, em face do dilatado período de separação de fato, sem atribuir culpa a nenhuma das partes, ficando a critério da apelada a manutenção do nome, mantendo-se a verba alimentar e determinando-se a partilha dos bens comuns, na forma da lei.

Deu-se, portanto, provimento ao recurso.

Salvador, 8 de agosto de 1995.
José Abreu — Presidente. João Santa Rosa — Relator.

EMBARGOS DE TERCEIRO.
EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. CAPITAL INTEGRALIZADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL DE SÓCIO PARA A PENHORA DOS SEUS BENS PESSOAIS. NULIDADE DE RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Ainda que se admita na execução fiscal a penhora de bens do sócio-gerente, na forma prevista pelo art. 135, III, do Código Tribu-

tário Nacional, não pode subsistir tal penhora, incorrendo a indispensável citação pessoal deste sócio, cujos bens foram submetidos à constrição. Por outro lado, sequer alegada a matéria constante do caput do referido artigo, e estando comprovadamente integralizadas as cotas de responsabilidade limitada, carece de amparo legal a penhora de bens pessoais de sócio cotista, ainda que gerente, caracterizando tal ato injustificada turbação ao seu patrimônio pessoal.
Ap. Cív. 10.639-4. Relator: Des. JOÃO SANTAROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 10.639-4, de Ilhéus, em que é apelante o Município de Ilhéus e apelado Waldir Alves dos Reis.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, pelos motivos a seguir expostos.

Conforme se depreende do relatório, insurge-se o apelante contra a fundamentação da sentença, sob a alegação de que o apelado, por ser sócio-gerente da empresa, é sujeito passivo da obrigação tributária, na qualidade de substituto, na forma estatuída pelos arts. 135, III, e 121, parágrafo único, II, do Código Tributário Nacional, não podendo sequer opor embargos de terceiro à execução fiscal, por ser parte nesta.

Em que pese a inteligente argumentação do apelante, no presente caso,

data venia, não merece agasalho sua irresignação.

Determinam os dispositivos do Código Tributário Nacional em que busca arrimo o apelante:

“Art. 121 — Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único — O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

.....
II — responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 135 — São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

.....
III — Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”.

Ora, pelo que dos autos consta, ocorreu a citação da pessoa jurídica da qual o apelado é sócio-gerente, para pagar os valores executados, sob pena de penhora de bens. Bem entendido, bens da sociedade executada.

Logo a seguir, realizou-se a penhora de um imóvel pertencente ao apelado, absolutamente desvinculado da pessoa jurídica executada.

De logo, evidencia-se a ausência de citação pessoal do apelado para, como pessoa física, na qualidade de responsável por substituição, vir a integrar a lide.

Ainda que se admita, em tese, a execução fiscal contra sócio-gerente de

sociedade por cotas de responsabilidade limitada como substituto tributário desta, bem como a penhora dos seus bens pessoais, com base no art. 135, III, do Código Tributário Nacional, faz-se indispensável sua citação pessoal para tanto, independente ou conjuntamente a citação dirigida à pessoa jurídica, assim como, ao menos, a alegação de que a pessoa física executada se enquadra no típico estabelecido pelo *caput* do citado artigo, praticando atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos.

Assim se inclina a jurisprudência:

“Tendo sido citada a firma executada, mas não o sócio sobre cujo bem veio a incidir a penhora, não pode esta subsistir. Embora pudesse ser tal sócio responsável, em substituição, pelo débito fiscal da sociedade, incabível admitir-se a penhora de seu bem sem que tivesse sido previamente citado” (ac. unân. da 2ª T. do STF, rel. -min. Aldir Passarinho; *RJTJ* 16/1086).

“Para que a penhora recaia em bem de sócio, a execução fiscal deve ser endereçada contra a sociedade e a pessoa do sócio, conjuntamente, ou contra o sócio, individualmente, mas não exclusivamente contra a sociedade” (ac. unân. da T. Cív. do TJ-MS, rel. -des. Gilberto da Silva Castro; *RJTJMS* 38/91) Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, 5. ed., p. 2315/2319.

Ademais, por outro ângulo, além de não ter sido regularmente citado, nem por qualquer forma enquadrado no *caput* do multicitado art. 135 (CTN), também não se poderia visualizar o apelado como legítimo integrante do pólo passivo da relação processual, na qualidade de pessoa física, já que as quotas de capital da sociedade estão comprovadamente

integralizadas, conforme atesta o documento de fls. 8/9, nada obstando, portanto, sua intervenção através de embargos de terceiro.

Bem a critério o seguinte aresto:

“Tratando-se de execução fiscal contra sociedade por quotas de responsabilidade limitada, não pode haver substituição processual forçada pelo sócio que, como tal, não responde pelas dívidas da sociedade, livres como se encontram seus bens da penhora. É ele parte ilegítima passiva, na ação, ressalvada, contudo, a discussão, nos embargos ou em ação distinta, sobre sua responsabilidade, decorrente da prática de atos com excesso de poderes, infração da lei, do contrato social, ou dos estatutos” (ac. unân. da 4ª Câmara do TJ-BA, rel. -des. Paulo Furtado) ob. cit., p. 2.319.

Conforme exposto, desmerece reparo a veneranda sentença do primeiro grau, que se confirma, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

Não obstante, sem prejuízo do julgamento anterior, requer apreciação o recurso adesivo interposto às fls. 44/45.

Entretanto, ainda que se conheça de tal recurso, por cabível e tempestivo, não merece prosperar o pleito que nele se contém.

Tendo em vista que nos embargos de terceiro o valor da causa é o do bem que se pretende liberar; considerando, ainda, que não se trata de decisão condenatória, deveria o julgador, conforme agiu, louvar-se no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não se justificando a irresignação do recorrente.

Opõe-se a sua pretensão o posicionamento jurisprudencial:

“Nos embargos de terceiro, os honorários devem ser arbitrados de acordo com o § 4º do art. 20 do Código de

Processo Civil, posto que não há condenação. É necessário, todavia, que se resguarde razoável proporcionalidade entre a remuneração do advogado e o valor do patrimônio defendido, sob pena de se tornar inexpressiva ou excessiva a verba honorária" (ac. da 3ª Câm. do TARS, rel.-juiz Castro Gamborgi; TJARS61/434) e mais TRFR122/109; Par. Judic. 28/187; entre outros, in Alexandre de Paula, CPC Anotado, 5.ed., p. 220/221.

Assim sendo, bem se houve o douto a quo, desmerecendo qualquer censura a decisão recorrida.

Negou-se, portanto, provimento ao recurso adesivo.

Ao final, na forma exposta, negou-se provimento à apelação cível e ao recurso adesivo.

Salvador, 4 de abril de 1995. João Santa Rosa — Presidente e Relator.

ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TEMPESTIVIDADE. SERVIÇOS NÃO INCLUÍDOS NA LISTA DO DECRETO-LEI 406/68. CARACTERIZAÇÃO DAS ATIVIDADES COMO FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA E LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. IDONEIDADE DA PROVA PERICIAL.

A oposição dos embargos ocorreu no prazo previsto pelo art. 16, II, da Lei 6.830/80, consoante comprova certidão do cartório. É taxativa a lista de serviços do Decreto-lei 406/68. Desautorizada a cobrança de ISS, cujo fato gerador não esteja nela incluído. Afastada a imposição do tributo com base

no fornecimento de mão-de-obra e locação de bens móveis, quando as atividades da apelada são especializadas e não lhe pertencem os equipamentos utilizados. Efetuada a segunda perícia, por engenheiro de petróleo, como requereu a apelante, não cabe a alegação de inidoneidade. Apelação improvida e integração da sentença.

Ap. Cív. 17.631-6. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação interposta pela Fazenda Pública Municipal, sendo apelada Dowell Schlumberger do Brasil Serviços Petrolíferos Ltda.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, incorporado a este o relatório de fls., em rejeitar a preliminar, e, no mérito, negar provimento à apelação e integrar a sentença.

A certidão firmada pelo Cartório da 3ª Vara da Fazenda Pública, fl. 422, em cumprimento à diligência determinada (fl. 420), comprova que os embargos foram oferecidos no prazo de que trata o art. 16, II, da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980.

Rejeita-se, pois, a preliminar de intempestividade.

No mérito, não procede o incoformismo da apelante.

O fato gerador do ISS é a prestação de serviço constante da lista anexa ao Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação dada pelo Decreto-lei 834, de 8 de setembro de 1969.

De acordo com a melhor doutrina e a mais recente jurisprudência, a lista de serviços é taxativa, como demonstram os excertos a seguir transcritos:

“Não resta a menor dúvida de que a lista de serviços baixada por lei complementar tem o caráter de lista taxativa; de lista que contém o rol integral dos serviços alcançados pelo ISS, serviços ou atividades não arrolados na lista de serviços não podem ser objeto de oneração por parte do ISS, por inexistência de competência tributária” (Bernardo Ribeiro de Moraes, *Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços*, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 110).

“ISS. Lista. Taxatividade. Operações bancárias. Não-incidência.

A lista prevista no Decreto-lei 406/68, alterado pelo Decreto-lei 836/69, é de caráter taxativo, cabendo à lei municipal, por imperativo de norma constitucional, ater-se ao rol nela previsto. Tendo em vista a taxatividade da referida lista, não é de incidir o ISS nas operações bancárias que dela não constem” (ac. unân. da 1ª T. do STJ-GO, rec. esp. 28.838-5, de 14.03.94, rel. -min. Demócrito Reinaldo).

Aperícia efetuada caracterizou, fls. 346 e 347, a condição especial das atividades, bem assim que os equipamentos utilizados nos serviços não pertencem à apelada (fl. 108).

Com efeito, os serviços de natureza complexa prestados pela apelada não comportam o enquadramento proposto pela apelante, como sendo de “fornecimento de mão-de-obra” e “locação de bens móveis”.

Tal interpretação extensiva já foi rechaçada por esta corte de justiça, em acórdão da lavra do eminente desembargador Wilde Lima, então integrante da Primeira Câmara Cível, na apelação

2.892-6, julgada em 4 de novembro de 1992, cujo excerto vale transcrever-se:

“Há de entender-se, então, que recrutamento, colocação ou fornecimento de mão-de-obra, incluídos no item 16 da Lista de Serviços então em vigor, somente podem visar aquelas pessoas que exploram como atividade o agenciamento de mão-de-obra e ou o seu fornecimento, quando permitido em lei, como trabalho temporário nas empresas urbanas (Lei 6.019/74), vigilância em estabelecimento financeiro (Lei 7.102) e outros não especificamente contemplados que lhe forem assemelhados, não se podendo considerar como tais os serviços complexos prestados pela apelada”.

Observe-se, ainda, que a cobrança do imposto refere-se aos exercícios de 1975 a 1977 e 1979, como se verifica dos autos apensos de execução à fl. 2 e, portanto, anterior à Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987, que introduziu na lista de Serviços do Decreto-lei 406, de 15 de dezembro de 1968, item 35, as atividades executadas pela apelada — cimentação e estimulação de poços de petróleo.

Finalmente, tem-se como afastada a pretendida inidoneidade da prova pericial, porquanto, a pedido da apelante e com a anuência da apelada, foi nomeado um segundo técnico, engenheiro de petróleo (fl. 322), que realizou nova perícia, conforme se verifica do laudo apresentado às fls. 343 a 347, subscrito pelos assistentes técnicos de ambas as partes, e que atende às indagações atinentes à formação específica do profissional designado.

Com tais fundamentos, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se a sentença apelada.

Salvador, 5 de setembro de 1995.

José Abreu — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

LOCAÇÃO RESIDENCIAL. ACESSÕES (PLANTAÇÕES E CONSTRUÇÕES). OPOSIÇÃO DO LOCADOR. INDENIZAÇÃO. NENHUM DIREITO DO LOCATÁRIO.

O locatário de prédio residencial não tem direito a indenização pelas acessões (plantações e construções) realizadas, máxime quando há expressa oposição do locador. Apelação provida.

Ap. Cív. 20.683-5. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta por Elizabete Behrmann Teixeira, Mozart Cosme Behrmann Teixeira, Almir Teixeira Filho, Iolanda Behrmann Teixeira, Berenice Teixeira Paraense e Alírio Teixeira, sendo apelados Pedro Luiz da Silva e sua mulher, Valdelice Santos da Silva.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, incorporado a este o relatório de fls., em dar provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertido o ônus da sucumbência, este ficando suspenso, a teor do art. 12 da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

Tratando-se de locação de imóvel urbano, as plantações e constru-

ções nele realizadas não são indenizáveis, máxime havendo manifesta oposição do locador, que chegou ao ponto de erradicar mangueiras e coqueiros, usando até de violência.

É que as acessões, que são coisas novas e não se confundem com benfeitorias, que pressupõem melhoramentos em coisa existente, e o locatário estando obrigado a devolver o imóvel no estado em que o recebeu, excluem a possibilidade de indenização, em virtude de a locação ter disciplinação própria, não se lhe aplicando a norma do art. 547 do Código Civil, cõsono preleciona Carvalho Santos:

“O direito de acessão de que cogita o art. 547 do Código, a nosso ver, não poderá ter aplicação imediata, no caso de locação, mesmo porque as relações entre locador e locatário estão reguladas por disposições especiais, sendo mesmo certo que a obrigação imposta ao locatário de restituir a coisa locada no estado em que a recebeu exclui a possibilidade de poder haver a acessão de pleno direito, tal como está prevista no art. 547 do Código” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 7.ed., Freitas Bastos, 1958, v.17, p.70). (*Contratos*, 1.ed., Forense, 1959, p.317).

Adiante, o renomado escoliasta adverte sobre a má fé do locatário, que introduz acessões no imóvel:

“Realmente, em muitos casos, o locatário deve ser equiparado ao possuidor de má fé, para esses efeitos, de vez que o contrato de locação, pela sua natureza, não confere o direito de construir ou plantar sobre o terreno alugado, sendo isso um atributo da propriedade.

Importa dizer: o locatário, pois, plantando ou construindo, agiu ciente-

mente sem direito, procedeu tal como um possuidor de má fé. Donde a conclusão: o locador tem o direito de não pagar a indenização e exigir ainda a reposição das coisas no estado anterior" (*op. cit.*, p.71).

Desse entendimento, não discrepa Orlando Gomes:

"Se o locatário fizer construções e plantações sem autorização do locador, expressa ou tácita, poderá ser constrangido a repor a coisa no estado anterior e a pagar os prejuízos, pois terá agido de má fé. Se estava, porém, de boa fé, perderá a construção, ou plantação, em proveito do proprietário, mas terá direito a indenização" (*Contratos*, 1.ed., Forense, 1959, p.317).

Com a instrução, restou comprovado que o locador não concordava com as acessões feitas, tanto que destruiu a maior parte delas, como declarou o apelante varão, na ação de despejo que lhe movera (fl. 75).

Induidoso, pois, que não houve anuência do locador relativamente às acessões, às quais se opôs firmemente, donde se concluiu que o locatário agira de má fé, não fazendo jus à indenização pleiteada.

Inconsistente, assim, a fundamentação da sentença, quer porque de benfeitorias não se trata, como revelado na peça exordial, quer porque os apelados agiram de má fé, eis que estavam cientes da oposição do originário locador.

Ante os fundamentos expostos, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, invertido o ônus da sucumbência, que fica suspenso porque os apelados gozam do benefício da assistência judiciária (art. 12 da Lei 1.060, de 05.02.50).

Salvador, 29 de agosto de 1995.
José Abreu — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

MANUTENÇÃO DE POSSE. DESATENDIMENTO AOS RE- QUISITOS DO ART. 927 DO CPC. POSSE FUNDAMENTA- DA EM DOMÍNIO. CONCES- SÃO DA PROTEÇÃO POSSES- SÓRIA EM FAVOR DO ACIO- NADO.

Estando o pedido possessório fundamentado em sentença divisória demarcatória, que só atinge aqueles que participaram da ação, não satisfeitos os requisitos enumerados no art. 927 do Código de Processo Civil, é defeso ao magistrado deferir a proteção possessória em favor do autor. Em face do caráter actio duplex das possessórias, não logrando êxito o autor, defere-se a proteção jurisdicional em favor do réu.

Ap. Cív. 8.051-9. Relator: Des. JOÃO SANTA ROSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 8.051-9, de Camaçari, em que são apelantes Emerson José Sodré Mendes, sua mulher e outros, e apelados Franz Gedeon e outros.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem discrepância de voto, em rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao re-

curso, pelos motivos a seguir expostos.

Conforme se depreende do relatório, que a este se integra, trata-se de ação de manutenção de posse, onde a doutora juíza *a qua* deferiu, em favor dos réus, a proteção possessória.

A preliminar de nulidade da sentença argüida pelos apelantes, com fundamento na contrariedade à *res judicata*, deverá ser apreciada conjuntamente à análise de mérito do recurso, dada a abrangência do pedido.

Vale observar, de logo, que a matéria dominante na presente ação é a posse, ainda que seja a mesma disputada também sob alegação de domínio.

Ocorre que, tendo em vista o caráter de *actio duplex* das possessórias, que impõe a decretação da proteção jurisdicional a uma das partes (daí o descabimento da "reconvenção" oferecida pelos apelados), a nulificação pura e simples da sentença, sob alegação de ofensa à coisa julgada, estando as partes a alegarem posse e propriedade sobre o bem, ao fim, não atenderia ao postulado principal da ação, que é a concessão da proteção possessória a quem de direto, seja o conflito embasado em matéria de fato, ou em alegação de domínio.

Remeteu-se, pois, tal matéria à análise do mérito.

O segundo fundamento da prefacial de nulidade, afetando o art. 461 do Código de Processo Civil, não merece prosperar.

Em princípio, inexistente a alegada confusão no relatório ou na motivação da decisão atacada, restando, por outro lado, claramente definidas pelo laudo pericial que a orientou, a extensão e delimitação da área *sub judice*.

Ainda que assim não fosse, é ma-

téria consabida não gerar nulidade o relatório sucinto ou a fundamentação deficiente. O que se impõe no relatório é a exposição de todos os fatos ocorridos no processo, exigindo-se, por outro lado, que a sentença esteja fundamentada, ainda que de forma deficiente, ou mesmo mal fundamentada.

É o posicionamento jurisprudencial dominante:

"Somente a sentença não motivada é nula; não a sentença com motivação sucinta ou deficiente. A motivação, que constitui preceito de ordem pública, é que põe a administração da Justiça a coberto da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade" (ac. unân. da 1ª T. do STF, rel.-min. Rodrigues de Alckimin; RT 479/235) in Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, 6. ed., p. 1.704.

"Não há nulidade na sentença, se seu relatório, embora com exposição não minuciosa, for perfeitamente inteligível e compreender todas as circunstâncias que elementizam o feito. Também não é nula a sentença sucintamente fundamentada ou mal fundamentada" (ac. unân. da 2ª Câm. do TJ-SC, rel.-des. Ruben Córdova; RT 614/176) ob. cit., p. 1.704.

Rejeita-se, portanto, a preliminar neste aspecto.

No mérito, por tudo que dos autos consta, não assiste razão aos apelantes em sua irrisignação, *data venia*.

É elementar que nas ações possessórias discute-se, acima de tudo, a posse, elemento fático que se revela na satisfação aos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil.

No presente caso, postularam os apelantes a tutela jurisdicional, suplicando sua concessão liminar, com base

na turbação do seu direito, motivada pela construção de uma cerca dentro de sua posse. Posse esta comprovada pelo laudo pericial lançado na ação de divisão-demarcação da fazenda Caratingui, da qual eram condôminos.

Considerando tal documentação como suficiente, concedeu o juízo *a quo* a proteção liminar.

Entretanto, após a coleta de provas, inclusive pericial, reformou tal decisão, concedendo a proteção possessória, por sentença, em favor dos apelados.

E, ao final, agiu com acerto a doutora juíza *a qua*, posto que a prova dos autos não se presta a ancorar o postulado dos apelantes.

Em verdade, discutiu-se a posse nos presentes autos, confrontando-se apenas provas de domínio, o que é cabível, conforme o dispositivo contido no art. 505 do Código Civil, do qual deriva a Súmula 487 do Código de Processo Civil.

A prova dominial oferecida pelos apelantes, no caso a sentença prolatada na ação demarcatória-divisória 8.238/78, que, com base no Laudo de Demarcação — Divisão da Fazenda Caratingui (fls. 12/27), colocaria a área discutida sob domínio e conseqüente posse dos mesmos, como se sabe, só faz coisa julgada em relação àqueles que participaram do processo.

Bem a critério o seguinte aresto:

“É de se admitir a coisa julgada, na ação divisória, em relação a antecessor dos recorridos, refletindo-se nestes os respectivos efeitos, se foi ele citado para a demanda” (RTJ 118/667, *in* Theotônio Negrão, *CPC e Legs. Proc. em Vigor*, 19. ed., p.417).

E, apesar de afirmarem os apelan-

tes a participação ativa dos apelados em tal ação, a prova que os mesmos foram citados, na qualidade de confrontantes, ou de que tiveram qualquer ciência da respectiva sentença, não foi trazida aos autos.

Chegaram mesmo os apelantes a anunciar a juntada de certidões nesse sentido (fl. 125), porém, jamais lograram produzir tais provas.

Assim, caiu por terra a alegação de domínio dos apelantes.

Também em relação à alegada posse, outra não poderia ser a decisão, que não a ora recorrida.

Facilmente se observa no estudo dos autos, não preencherem perfeitamente os apelantes os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil. Senão, vejamos:

a posse de fato do bem conflitado não restou provada, incorrendo nos autos qualquer provocação nesse sentido. Nem se sustenta por conseqüência de comprovado domínio, posto que, conforme já dito, apesar de titulada pelo documento de fls. 12/27 (auto de demarcação-divisão), tal decisão não se impõe aos apelados, incorrente a prova de sua participação no processo 8.238/78;

a data da turbação não foi especificada, sendo apenas aventada na inicial como ocorrida na segunda quinzena de fevereiro de 1989;

a alegada turbação não se pode atribuir aos apelados, que a negaram de pronto, atribuindo a construção da cerca a Lydio Coelho, condômino destes na propriedade pertencente aos herdeiros e sucessores de Antonio Souza Cunha, o que afinal se provou verdadeiro, através da intervenção de fls. 120/123 e pelo depoimento de fls. 273-verso;

por fim, também não houve com-

provação da continuação da posse, apesar da verdadeira "imissão na posse" promovida pelos oficiais de justiça, que, em cumprimento à liminar concedida *inaudita altera pars*, promoveram a derubada da cerca.

Assim sendo, nada justifica a concessão da proteção liminar aos apelantes, muito menos a concessão definitiva, por sentença.

Não obstante, por se considerarem titulares do domínio e da posse da área, "reconviram" os apelados, reivindicando em seu favor a proteção possessória, em face do caráter dúplici típico de tais ações, embasados em prova documental e contestando a planta que instrui a ação demarcatória supracitada.

Em atitude de louvável prudência, determinou o juízo *a quo* a instauração de perícia, visando, certamente, localizar de forma definitiva e incontestada a área conflitada, para melhor instruir sua decisão final, que, conforme dito, teria que se fundamentar nas provas de domínio, consoante a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal.

"Súmula do STF 487 — Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio se com base neste foi ela disputada".

Vale ressaltar que o perito que elaborou o laudo de fls. 182/220, que instrui o presente feito, o engenheiro agrônomo Alder Americano da Costa, já havia participado da lavratura do auto de demarcação-divisão carreado aos autos, ali atuando em conjunto com o engenheiro civil Adolfo Leitão Guerra Filho e com o arquiteto José Maria Conde Drumond.

À fl. 185, item 5, *d*, declara o perito:

"A planta de demarcação está ab-

solutamente certa, apenas não se assinalou o rio Capivara pela sua omissão nos títulos que instruíram o processo, não cabendo culpa a quem quer que seja".

A seguir afirma, em resposta à quesitação do juízo:

"A área litigiosa está, efetivamente, inserida na área objeto da ação de demarcação (processo 8.238) referente à área um, consignada aos autores, com 9.482.000n.², com perímetro ali definido".

Este laudo que muito trata das relações dominiais, sem analisar a posse anterior ou a situação da cerca, mesmo porque, à época de sua elaboração, esta não mais existia, conclui pela exatidão do auto de demarcação-divisão de fls. 12/27, gizando, porém, estar o mesmo baseado em informação incorreta, qual seja, a omissão do rio Capivara como divisor de terras.

Adiante, em suas conclusões (fls. 177/191), deixa claro o perito que, conforme a documentação acostada aos autos, inclusive aquelas referentes a uma anterior ação possessória 6.660, ocorrida em 1937, o multicitado rio Capivara, efetivamente, é marco divisorio entre as propriedades pertencentes aos apelados, herdeiros e sucessores de Antonio Souza Cunha e a fazenda Caratingui, submetida à demarcação-divisão pelos apelantes, demonstrando, inclusive, através da planta de fl. 202, só estar a área litigiosa inserida na área-objeto da ação demarcatória, por efeito da já apontada omissão ocorrente nos títulos que lhe foram oferecidos como fundamento, à época da elaboração do referido laudo.

Vale repetir que o rio Capivara, divisa entre a fazenda Abaeté e a fazenda Caratingui, já não desempenharia

tal papel, por força da sentença lançada nos autos do processo 8.238/78, caso houvesse nos autos prova da efetiva participação dos apelados na ação demarcatória-divisória, o que não ocorreu.

Ao final, não existindo prova de que os apelados foram citados para a ação demarcatória-divisória, deve prevalecer a demarcação estabelecida na citada ação 6.660/37, confirmada pelo laudo pericial lançado nos presentes autos.

Conclui-se, por conseguinte, que, tanto pelo aspecto possessório quanto pelo dominial, só se poderia conceder a posse conflitada aos apelados.

Por tais razões, não merece acatamento o presente apelo, mantendo-se a decisão do primeiro grau, que deferiu a proteção possessória em favor dos apelados, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

Negou-se, portanto, provimento ao recurso.

Salvador, 13 de junho de 1995.
João Santa Rosa — Presidente e Relator.

PENHORA. NATUREZA JURÍDICA. PROPRIEDADE DO BEM. AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA. DIREITO DE PROPOR AÇÃO DE DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO.

A penhora não retira a propriedade do bem sob constrição judicial, mas apenas torna ineficazes os atos de sua disposição diante do exequente. Embora com as ações penhoradas, pode o acio-

nista propor ação de dissolução e liquidação da sociedade anônima. Apelação provida.

Ap. Cív. 17.143-1. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta por Theódulo Bastos de Carvalho Júnior e sua mulher, D. Consuelo Veloso de Carvalho, sendo apelados Marilton Moreira de Carvalho e outros.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, incorporado a este o relatório de fls., em dar provimento ao recurso para que, afastada a preliminar de carência de ação, prossiga o feito em seus regulares e ulteriores atos.

A sentença, considerando os autores carecedores de ação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, partiu de premissa falsa sobre a natureza jurídica da penhora.

Aquele ato de constrição judicial não tem o condão, por si só, de alienar ou retirar do executado a propriedade dos bens.

A propósito, vale o magistério de Pontes de Miranda:

“A penhora nunca produziu efeito de transmissão de propriedade ao credor — daí não se poderem alugar as coisas penhoradas, sem o consentimento do penhorado” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed., Forense, 1976, t.10, p.163).

Também desse entendimento não discrepa Humberto Theodoro Júnior:

“A apreensão judicial decorrente

da penhora não retira os bens da posse (indireta) e do domínio do dono. Ditos bens ficam apenas vinculados à execução, sujeitando-se ao poder sancionatório do Estado. Não se verifica, porém, sua indisponibilidade ou inalienabilidade. O efeito de penhora, como bem registrou Lopes da Costa, 'é o de tornar ineficaz em relação ao exequente os atos de disposição praticados pelo executado sobre os bens penhorados'.

Por isso mesmo, já se tem decidido que o fato de os bens se acharem onerados com penhora 'não constitui obstáculo ao respectivo registro traslatício da propriedade, que, no domínio do novo proprietário, permanecerá suportando os gravames nela incidentes'.

O devedor, pela penhora, não deixa de ser o proprietário dos bens apreendidos judicialmente. Só a expropriação final acarretará a extinção do seu direito dominial. Ficam afetados, porém, seus poderes diretos sobre a utilização dos bens" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ed., Forense, 1978, v.4, p.285 e 286).

Com lastro na lição de José Frederico Marques, Marcos Afonso Borges, professor titular da Universidade Federal de Goiás, também espousa a concepção de que a penhora desconstitui ato de perda da propriedade:

"No entanto, a doutrina moderna vê na penhora apenas um ato processual, um ato executório, pois 'ela não tira a propriedade do executado sobre os bens em que incide: apenas os subordina ao procedimento expropriatório da execução' " (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, Saraiva, 1977, v.58, p.8).

Não tendo perdido a propriedade das ações, os autores tinham direito de

propor a ação de dissolução e liquidação da sociedade anônima, dela não sendo carecedores. Houve, realmente, equívoco da ilustre magistrada, ao considerar que as ações da sociedade saíram do patrimônio dos autores.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso para, afastada a preliminar de carência de ação, prosseguir o feito em seus regulares e ulteriores atos.

Salvador, 11 de abril de 1995. José Abreu — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULOS. AUTO-ÔNIBUS ATROPELAN- DO MOTOCICLETA. FALTA DE HABILITAÇÃO DO CONDUTOR DESTA E DE PROVA DE SUA PROPRIEDADE. IRRELEVÂNCIA. COMPROVANTES DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES JUNTOS DEPOIS DA PROPOSITURA DA AÇÃO, MAS ANTES DA CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. CULPA COMPROVADA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

Comprovada culpa do motorista de auto-ônibus, que atropelou motocicleta, causando danos materiais e pessoais, responde a empresa proprietária do veículo pelas reparações devidas, independentemente da prova de propriedade do veículo danificado e da habilitação do seu condutor. É processual a complementação da petição inicial com a juntada de documentos posteriormente à propositura da ação, mas antes da

citação. Agravo retido e apelação improvidos.

Ap. Cív. 20.067-1. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta pela Empresa de Transportes São Luiz Ltda., sendo apelado Manoel Moreira da Silva.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.

Cuidam os presentes autos de ação de indenização, com procedimento sumário, proposta pelo apelado contra a apelante, em virtude de atropelo sofrido pelo primeiro, quando dirigia motocicleta, no dia 6 de novembro de 1989, às 15h30min, no km 213 da Rodovia BR-324, produzindo danos materiais no último veículo e no seu condutor.

A ação fora julgada procedente, condenada a ré ao pagamento de indenização correspondente às despesas médico-hospitalares, reparação da motocicleta, 10 salários mínimos relativos ao período de inatividade do autor, despesas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o total da condenação (fls. 204 a 209).

A ré interpôs apelação, em que ratifica o agravo retido de fl. 74, porque houve juntada dos documentos de fls. 13 a 37, depois de proposta a ação. No mérito, alega fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito pleiteado pelo apelado, porque não se aplica a presunção de culpa, quando se

trata de choque entre ônibus e motocicleta; que o apelado deu causa ao acidente, eis que, inabilitado para dirigir motocicleta, manobrou, inopinadamente, o seu veículo pela esquerda, demonstrando imperícia e imprudência, enquanto que o motorista do ônibus é profissional experiente; que o apelado não era proprietário da motocicleta, não podendo pleitear indenização pelos danos sofridos neste veículo.

Fez a apelante minuciosa e extensa análise dos fatos e das provas, desvalorizando as produzidas pelo apelado, especialmente o depoimento das testemunhas e o boletim policial da ocorrência, considerando que o *a quo* decidiu a questão sob "irrefreável paixão", além de considerar que o direito não ampara o apelado, porque se revelou negligente, imprudente e imperito (fls. 214 a 231).

O apelado respondeu, sustentando a sentença (fls. 234 a 243).

Houve preparo (fl. 246).

Cumpre, preliminarmente, julgar o agravo retido.

O autor teve deferida juntada dos documentos de fls. 13 a 37, relativos a despesas médico-hospitalares, em 26 de dezembro de 1989 (fl. 11), e a citação somente ocorreu em 6 de junho de 1990, quando a ré ofereceu constestação (fls. 74 e 79 a 81).

Antes, pois, da citação estavam juntos os documentos, que, por sinal, não eram indispensáveis à propositura da ação, em termos de substanciais, mas serviam de prova que poderia ser produzida durante a instrução. Deles o réu teve conhecimento e dispunha de 10 dias antes da audiência para emitir pronunciamento com a contestação.

Atente-se que, em 20 de agosto de 1990, a ré ofereceu rol de testemunhas

(fl. 70), quando deveria conhecer daqueles documentos.

Podendo o autor até mesmo aditar a peça vestibular, antes da citação, *a fortiori* também poderia juntar documentos, ainda que indispensáveis à propositura da ação, o que não é o caso, pois, como antes dilucidado, trata-se de produção de prova, não incidindo, assim, as normas dos arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil.

Ante estes fundamentos, nega-se provimento ao agravo retido.

A sentença bem analisou o conjunto probatório e deu correto desate nas questões suscitadas.

Com efeito, o boletim de ocorrência assinala que o auto-ônibus, que trafegava atrás da motocicleta, esta em marcha lenta, causou o acidente, depois de buzinar, o que está demonstrado no croqui de fl. 7. Esse boletim não destoa da prova testemunhal produzida e, por isso, tem valor jurídico, segundo a jurisprudência pátria:

“Nas ações para demandar prejuízos oriundos de responsabilidade civil, por acidente de trânsito, as anotações do serviço de trânsito fazem prova em juízo, até serem ilididas por demonstrações em contrário” (2ª Câm. do TJ-RJ, ap. 11.679, de 30.11.63, rel.-des. Osny Duarte Pereira; *in DJ* nov. 1963, p. 1.031, ap. ao n. 216).

Pertinentemente à prova da propriedade da motocicleta, em se tratando de bem móvel, a presunção é que pertence ao seu condutor. Ocorre, entretanto, que, no caso de acidente, o que se debate é a existência dos danos e a sua indenização, independentemente da propriedade do veículo.

Assim, decidiu o Primeiro Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro:

“Na ação de ressarcimento de danos decorrentes de acidente de trânsito, o que se discute é a existência de prejuízo concretamente sofrido pelo autor, questão que não se confunde necessariamente com a da propriedade do veículo” (4ª Câm., ap. 6.517, de 26.06.84, rel.-juiz Raul Quental; *apud Ementário Forense* 439, ano XXXVII, jun./93).

Reconhecendo a legitimidade para propor ação de indenização ao condutor de automóvel, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Legitimado ativo para propor ação da reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito não é só o proprietário do veículo. Aquele que o conduzia no momento da colisão e suportou o prejuízo tem, igualmente, legitimidade. O fundamento da indenizatória é o prejuízo e não o direito de propriedade” (4ª Câm., ap. 36.930, de 19.12.91, *in Jurisprudência Catarinense* 69, 3º e 4º Trim./91, p. 69, *apud Ementário Forense* 534, ano XLV, mai./93).

Por outro lado, a falta de habilitação do motociclista não autorizava o condutor do auto-ônibus a realizar uma ultrapassagem perigosa e provocar o choque na motocicleta que trafegava à sua frente, segundo descrito à fl. 7.

Também a jurisprudência desampara a apelante:

“É necessária a prova de incapacitação técnica efetiva para caracterizar a imprudência na direção do veículo, pelo que não basta ser oriunda da presunção legal abstrata da ausência de autorização da autoridade competente. Enquanto a abstrata gera a multa, a concreta, a obrigação de indenizar os danos decorrentes” (6ª Câm. do TA-RJ, ap. 38.466, de 26.11.83, rel.-juiz Mauro Junqueira

Bastos; in *Ementário Forense* 462, ano XXXIX, mai./87).

No mesmo sentido é o aresto da Quarta Câmara do mencionado Tribunal da Alçada:

"A falta de habilitação regulamentar, de um dos motoristas, não pode importar, por si só, na sua condenação, desde que se comprove ter havido culpa exclusiva do outro que, invadindo a sinalização, impactou-se, em cruzamento, com o carro que obedecia ao comando do sinal semáforo" (ap. 47.005, de 24.06.86, rel.-juiz Miguel Pachá, *apud Ementário Forense* 460, ano XXXIX, mar./87).

Destarte, não prosperam as razões da apelante, eis que os elementos de convicção carregados aos autos levam à ilação de que o seu preposto conduziu imprudentemente o auto-ônibus, sendo culpado pelos danos causados na motocicleta e no condutor desta. E o ilustre juiz *a quo*, ao contrário de haver demonstrado passionalismo, valorou adequadamente a prova e bem aplicou o direito às questões vertentes. Registre-se que a apelante fora até beneficiada com a admissão de rol de testemunha intempestivamente depositado, uma vez que, para a audiência de 22 de agosto de 1990, somente o ofereceu em 20 do mesmo mês (fl. 70), sem guardar o interstício de 48 horas previsto no art. 278, § 2º, do Código de Processo Civil.

Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 30 de maio de 1995.
João Santa Rosa — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. TRANSFORMADOR COM A CAIXA ABERTA E EXPONDO PESSOAS AOS RISCOS DE ELETROCUSSÃO. CULPA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. TRIUNFANTE EM GOZO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PREVALÊNCIA DOS LIMITES DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Concessionária de energia elétrica que não adota adequada manutenção de transformador, que fica com a caixa aberta (sem tampa) e expondo pessoas aos riscos de eletrocussão, responde civilmente pelos danos causados, em virtude de culpa, havendo obrigação de indenizar as vítimas. Os honorários de advogado, no caso de o triunfante na ação gozar do benefício da assistência judiciária, obedece ao critério de fixação dentro dos lindes previstos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, não mais prevalecendo a regra do art. 11, § 1º, da Lei 1.060/50. Agravos de instrumento retidos e apelação improvidos.

Ap. Civ. 18.269-4. Relator: Des. AMADIZ BARRETO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação interposta por Coelba — Cia. de Eletricidade do Estado da Bahia —, sendo apelados Jasmira Batista dos Santos e Valdionor José dos Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, incorporado a este o relatório de fls., em negar provimento aos agravos de instrumento retidos e ao recurso de apelação.

Cumpra, preliminarmente, julgar os agravos de instrumento retidos, interpostos pela apelante.

O primeiro (fls. 80 e 81), porque haveria cerceio de direito de defesa, uma vez que ficara tolhida de produzir prova sobre a sua ilegitimidade *ad causam*, argüindo vulneração do art. 5º, IV, da Constituição Federal.

Não houve, entretanto, a alegada restrição à produção de provas. E a matéria em debate deveria constituir o *meritum causae*, quando se revelaria, como se fez, que a culpa pelo evento danoso fora da apelante, e não do Estado da Bahia.

E tanto inexistiu o cerceamento que se realizou instrução, produzindo prova pericial e testemunhal.

A invocação da norma constitucional, que versa sobre a livre manifestação do pensamento e veda o anonimato, é frívola, porque o debate temático incorreu.

Legitimada para a causa e não havendo restrições ao direito de defesa, cônsono antes dilucidado, nega-se provimento ao primeiro agravo de instrumento retido.

Pertinentemente ao segundo agravo de instrumento retido (fls. 93 a 96), porque os quesitos formulados pelos autores seriam impertinentes, também desmerece acolhida.

Como bem acentuou a decisão agravada, tais quesitos tinham por es-

copo carrear esclarecimentos ao julgador, que, no entanto, não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com lastro no conjunto probatório.

Mesmo que impertinentes, não se vislumbra nisso qualquer gravame à apelante, eis que seriam ineficazes as respostas correspondentes. Apenas comprometeriam o princípio da celeridade processual, em desfavor dos apelados.

O que se não concebe, porque improcessual, é o juiz ficar impedido de colher todos os elementos essenciais ao seu convencimento e desate das questões em debate.

Ante estes fundamentos, nega-se provimento ao segundo agravo de instrumento retido.

No mérito, as alegadas inverdades existentes na sentença não a comprometem.

A primeira, porque irrelevante que se diga estar o termo de compromisso dos "experts" apenas assinado pelo perito, quando contém outras assinaturas, prevalecendo aquele ato processual, que não produz nenhum efeito contrário ao dispositivo da sentença.

A segunda, porque inexistente laudo pericial para lastrear a liquidação por arbitramento, eis que as folhas 112 e 113 não se acham assinadas.

Embora sem assinatura, compõem o laudo, cuja folha de apresentação é assinada pelo perito e assistente da apelante (fl. 111).

Releva salientar que a apelante fora intimada para se manifestar sobre o laudo, e não se pronunciou, desatendendo ao despacho de fl. 115, publicada em 24 de março de 1993 (fl. 115v). E, no memorial de fls. 134 a 137,

nenhuma alegação de nulidade ou inexistência produziu.

Não impugnado o laudo, tempestivamente, ocorreu preclusão temporal, vedado argüir a sua inexistência, na fase recursal.

A bem lançada sentença apurou meticulosamente as provas produzidas e concluiu acertadamente pela procedência da ação. Em se tratando de concessão de energia elétrica, a apelante fora negligente nos cuidados e manutenção do transformador, que se encontrava com a caixa aberta, ficando as vítimas expostas aos danos sofridos.

A apelante deveria usar da necessária vigilância nos equipamentos de energia elétrica, a fim de evitar danos às pessoas. Assim não procedendo, segundo comprovado, responde civilmente, devendo indenizar as vítimas.

Finalmente, cumpre apreciar o pedido de redução da verba honorária. Também, aqui, o apelo não deve ser acolhido. Com efeito, depois do advento da Lei 4.632, de 1965, o limite fixado no art. 11, § 1º, da Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que constituía exceção à norma do art. 64 do Código de Processo Civil de 1939, deixou de subsistir, prevalecendo, mesmo que o triunfante goze da assistência judiciária, o princípio de que o vencido, apenas pela sucumbência, arcará com os honorários de advogado, à taxa de 10% a 20%, nos termos do art. 20, § 3º, do vigente Código de Processo Civil.

Nesse sentido, é o aresto do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente ministro Eduardo Ribeiro, com a seguinte ementa:

“A norma do art. 11 e seu § 1º da Lei 1.060, de 1950, constituía, quando editada, exceção à regra contida no art.

64 do Código de 39, segundo a qual só haveria condenação em honorários nas restritas hipóteses ali previstas. Deixou de subsistir, a partir de quando se consagrou legislativamente o princípio de que o sucumbente arcará com os honorários do adversário, em virtude apenas da sucumbência — Lei 4.632, de 1965. Incidência do disposto no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil” (3ª T. do STJ-SP, rec. esp. 36.538-4, pub. em 08.11.93, *apud* COAD — *Boletim de Jurisprudência Semanal* 13, de 31.03.94, p. 206).

Inocorreu, destarte, farpeamento do art. 11, § 1º, da mencionada Lei 1.060, sendo adequadamente fixados os honorários advocatícios.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso de apelação.

Salvador, 11 de abril de 1995. José Abreu — Presidente. Amadiz Barreto — Relator.

AÇÃO DE ALIMENTOS.

Prevendo o Estatuto da Criança e do Adolescente que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de ações de alimento, não proíbe que tais ações sejam apreciadas e julgadas, no interior, pelos juízes que acumulam as atribuições das varas de Família, conforme prevê a Lei de Organização Judiciária. Improvimento do apelo.

Ap. Cív. 916-3/91. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de apelação cível 916-3/91, de Canavieiras, em que é apelante o Ministério Público e apelada Rosália Santos Macedo.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

A meu sentir, a pretensão da apelante de que o presente feito seja decidido pelo juiz da Infância e da Juventude não pode, em absoluto, prosperar.

Com efeito, estatui o art. 148, parágrafo único, g, da Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

“A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

Quando se tratar de criança ou adolescente, nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

Conhecer de ações de alimentos”.

De sua vez, o art. 98, II, da citada lei, assim prescreve:

“As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:

Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”.

Da simples leitura do texto legal acima, infere-se que o mesmo não tem qualquer aplicação ao caso vertente, pois a apelada, na condição de genitora, está representando a sua filha menor

impúbere, na forma prescrita no art. 384, V, do Código Civil, que, desse modo, dispõe:

“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”.

Assim, no meu entendimento, não se configuram, em absoluto, as hipóteses do art. 98, II, da pré-falada lei, daí a competência indubitosa do juiz da Vara Cível da comarca de Canavieiras, que é também juiz da Vara de Família.

Discordo do parecer da representante do Ministério, na segunda instância, no que respeita à anulada sentença homologatória do acordo.

No meu entendimento, o não-reconhecimento das firmas, constantes da composição amigável de fl. 12, não pode desvalidá-lo.

Outrossim, o fato do pai da apelada residir fora da comarca não obsta que cumpra o disposto na cláusula segunda do acordo, isto é, efetuar no dia 10 do mês seguinte o pagamento da pensão de alimentos, pois, na atualidade, com os sistemas adotados pelos bancos de remessa de dinheiro de uma cidade para outra, até, instantaneamente, qualquer pessoa de sua confiança pode ficar encarregada de, recebendo a importância atinente à pensão de alimentos, depositá-la no Cartório dos Feitos Cíveis da comarca de Canavieiras.

De ressaltar-se, também, que o fato da apelada aforar uma nova ação de alimentos, desfeito o acordo, obtendo alimentos provisórios, não modificaria o modo de recebimento da pensão, por-

que, não sendo o pai da apelada empregado de uma empresa, impossível seria descontar-se em folha de pagamento a pensão.

Demais disso, se a pensão, com a inflação, ficar ínfima, nada que impeça à apelada possa pleitear revisão do acordo.

Isto posto, o meu voto é no sentido de manter o ato sentencial homologatório já referido e negar provimento à apelação.

Salvador, 27 de outubro de 1993.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

**AÇÃO DE EXECUÇÃO.
INCONSTITUCIONALIDADE
DA IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO
PRIVATIVA DE LIBERDADE
EM FACE DA INTERPRETAÇÃO
LITERAL E RESTRITIVA
DO TEXTO CONSTITUCIONAL.
IMPROVIMENTO DO
AGRAVO.**

Inadmissível, para efeito de privação de liberdade, a caracterização de depositário infiel em ação de execução, devido à interpretação restritiva que se dá à execução constitucional.

Agr. de Inst. 130/87. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 130/87, da Capital, em que figuram como agravante Casa Pronta — Material de Construção Ltda. — e como agravado José Alberto Rodrigues Cortes.

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

O ora agravado foi nomeado pelo *a quo* depositário fiel e particular dos bens penhorados nos autos da execução que lhe propôs o ora agravante. Insurge-se este, pois, contra a decisão singular que indeferiu o pedido de prisão civil do depositário.

Sustenta o agravante que o fiel depositário removera os bens para local incerto, mudou o ramo de negócio e o nome de sua empresa, numa tentativa de burlar o juízo, o que caracterizaria a condição de depositário infiel, justificando a sua prisão civil. Defende, ainda, a decretação da prisão, independentemente da propositura da ação de depósito. Arremata, pugnando pelo provimento do recurso.

O agravado, embora devidamente intimado, não apresentou contraminuta, conforme certidão de fl. 26v.

Subiram os autos a esta superior instância, cabendo-me, mediante sorteio, a função de relator.

É o relatório.

Pretende o agravante, através do presente recurso, com a reforma do *decisum* alvejado, determinar-se a prisão civil do depositário judicial, a fim de constrangê-lo a restituir os bens penhorados, uma vez que fora substituído do *munus* de depositário.

O douto *a quo* decidiu, com propriedade, ao estabelecer a diferença entre a relação jurídica do juiz com o depositário judicial e a de terceiro com depositário diverso, apontando somente a última como legítima para ensejar

ação de depósito, da qual pode advir a prisão civil.

Atualmente, com a promulgação da Constituição Federal de 88, o entendimento acima foi consolidado no art. 5º, LXVII, o qual adota como regra a inexistência da prisão civil por dívida, excetuando os casos de inadimplemento da obrigação alimentícia e do depositário infiel.

Ora, o depositário judicial indicado pelo juízo na ação de execução não pode ser equiparado ao depositário da ação de depósito, uma vez que a relação jurídica que os constitui é diferente em cada caso. Portanto, como não é dado ao julgador interpretar extensivamente exceções, mormente as que disciplinam restrição de liberdade, infere-se que a prisão civil só se dará quando antecedida da competente ação de depósito, que caracterizará a infidelidade do depositário.

Decisões recentes e uníssonas dos tribunais corroboram este entendimento:

“Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por equiparação para reforço às garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel (STJ 4ª Turma, REsp 2.320-RS, rel.-min. Athos Carneiro, j. 25.06.91, deram provimento, v.u., DJU 02.09.91, p. 11.814, 1ª col., em.), in Theotonio Negrão, *Comentários ao CPC*, 22. ed., p. 694.

Esclareça-se, ainda, que não se pode equiparar o depositário judicial ao depositário infiel para efeito de decretação de prisão. Justifica-se esse posicionamento, pois, sendo a liberda-

de um direito amplamente protegido pela Carta Magna, somente a esta coube a previsão de restrição a esse direito fundamental, sendo vedado a leis hierarquicamente inferiores ou construções doutrinárias e jurisprudenciais interpretarem extensivamente o conceito de depositário infiel, o que ampliaria, sem respaldo constitucional, as hipóteses da sanção penal *in loco*.

Ressalte-se, ademais, que a pena de prisão, como instituto eminentemente de Direito Penal, embora admitida no cível, deve ser aplicada nos estritos limites legais, seguindo o princípio do Código Penal de interpretação restritiva, que impede a aplicação da sanção para o que não estiver expressamente previsto em lei. Vedada, portanto, a equiparação analógica ou qualquer meio de ampliação do raio da norma que disponha sobre privação da liberdade, uma vez que fere frontalmente o brocardo latino erigido a norma constitucional e adotado pelo Código Penal, respectivamente em seus arts. 5º, XXXIX, e 1º, que dispõe em sua segunda parte: “... *nulla poena sine praevia lege*”, ou seja, não há pena sem prévia cominação legal.

Por conseguinte, em face das razões acima expendidas, constata-se que a imposição da sanção pleiteada ao depositário judicial infringe os incs. XXXIX e LXVII da Constituição Federal.

Destarte, nega-se provimento ao recurso, para manter-se o *decisum* alvejado.

Salvador, 18 de novembro de 1993.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

**AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE.
INEXISTÊNCIA DE TÍTULO RE-
GISTRADO NO CARTÓRIO DE
REGISTRO DE IMÓVEIS. IM-
PROVIMENTO DO RECURSO.**

É facultado ao promissário comprador intentar ação de imissão de posse contra o vendedor se, quitado o preço e registrado o compromisso no registro imobiliário, houver recusa na entrega do imóvel. Na falta de registro, é o autor carecedor da ação.

Ap. Cív. 13.275-2/94. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 13.275-2/94, da Capital, em que figuram como apelante Conceição de Fátima Alves Rossi e como apelados Olgalice Santos Alcântara e outros.

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

A parte autora adquiriu dos réus, Olgalice Santos Alcântara e outros, através de instrumento particular de compromisso de compra-e-venda, um terreno com a respectiva casa. Como os vendedores não lhe entregaram o imóvel após o pagamento do preço, foi ajuizada a presente ação de imissão de posse.

A douta sentença recorrida julgou a ação improcedente pela inexistência de título registrado no Cartório de Registro de Imóveis, atribuindo-lhe a condição de proprietário do imóvel.

Inobstante sustentar a autora o caráter meramente possessório da ação

por ela intentada, a doutrina se inclina em sentido contrário.

Theodósio Pires P. da Silva, em parecer na *Revista Forense*, v. 284, p.457, assim definiu a ação de imissão de posse:

“... é aquela que permite ao autor, por via judicial, obter a apreensão da coisa sobre a qual tem direito pessoal. Não visa, como a primeira vista parece, à proteção possessória, mas sim ao poder físico sobre a coisa, em decorrência de título jurídico de natureza obrigacional (compra-e-venda, sociedade e mandato)”.

É fora de toda dúvida que as partes litigantes celebraram um contrato de compromisso de compra-e-venda, por instrumento particular. Pago integralmente o preço ajustado, os réus-apelados opuseram resistência à entrega do imóvel, daí a propositura da ação de imissão de posse.

Entretanto, a lei exige alguns requisitos para a celebração do compromisso de compra-e-venda, em face de sua natureza preliminar.

Cumpridos os requisitos legais referentes à capacidade das partes, objeto, formação do contrato por instrumento particular ou público, preço, etc., considera-se perfeito e acabado o contrato de compromisso, o que gera direitos e obrigações recíprocas, restrito apenas ao campo do direito obrigacional se não for ele levado a registro.

O registro imobiliário atribui direito oponível *erga omnes*, além de conferir direito à adjudicação compulsória.

O art. 22 do Decreto-lei 58/37 dispõe:

“ Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra-e-venda e cessão

de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil”.

O entendimento jurisprudencial, então, estendeu à possibilidade do adquirente de imóvel propor ação de imissão de posse quando o compromisso de compra-e-venda encontrar-se devidamente registrado no cartório imobiliário competente. A inexistência dessa inscrição impossibilita o surgimento do direito real, representando o compromisso uma obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos. Nesse sentido, o voto do Dr. Macedo de Campos, da Quarta Câmara do 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

“O titular de compromisso de compra-e-venda de imóvel, quitado, mas não inscrito no registro de imóveis, é carecedor da ação de imissão de posse” (*in Jurisprudência do Compromisso de Compra-e-Venda*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p.423).

Consagrou-se, portanto, o direito do mero compromissário comprador de valer-se desse *remedium juris*, desde que pactuado o contrato em caráter irrevogável e irretratável, com instrumento registrado no cartório imobiliário.

Por tais razões, nega-se provimento ao apelo, para confirmar-se a sentença do primeiro grau, em sua inteireza.

Salvador, 27 de junho de 1994.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. CARÁTER INDENIZATÓRIO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. IMPROVIMENTO.

Nas ações indenizatórias, a estimativa do pedido inicial não limita o vínculo à sentença definitiva, ensejando a necessidade de liquidação por arbitramento.

Ap. Cív. 18.501-7/94. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível com rito sumaríssimo 18.501-7/94, da Capital, sendo apelante Condomínio do Conjunto Residencial Chopin e apelada Francisca Alves Candes.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, na forma do voto do relator.

Integra a este o relatório de fls.

Cuidam os autos de ação indenizatória promovida por Francisca Alves Candes contra o Condomínio Conjunto Residencial Chopin, buscando ressarcimento pelos danos ocorridos no interior do apartamento de sua propriedade, localizado naquele condomínio.

Julgado procedente o pedido, foi a parte ré condenada ao pagamento de uma indenização pelos prejuízos causados no imóvel, acrescida de juros e correção a serem apurados em liquidação por arbitramento.

Condena, ainda, o condomínio a constituir um fundo de reserva para

garantir o pagamento da obrigação, por um período de seis meses, devendo ser cobrada para esse fim uma taxa extra dos condôminos no valor de um terço do salário mínimo. Imputa, finalmente, ao condomínio o ônus da sucumbência.

Irresignada, a parte vencida apelou da decisão no tocante, apenas, à liquidação da sentença, a realizar-se por arbitramento, alegando que, tratando-se de dívida líquida e certa, nada obsta sua execução por cálculos do contador.

Em contra-razões, a apelada sustentou o acerto da sentença recorrida, asseverando o caráter protelatório do recurso interposto, pois que o laudo pericial demonstrou que os prejuízos causados foram superiores ao valor atribuído à causa.

É o relatório.

Cinge-se o presente recurso tão-somente à discussão quanto ao tipo de liquidação a ser aplicada à sentença *a quo*.

Inicialmente, ressalte-se que a presente ação de reparação de danos traduz-se em uma verdadeira ação indenizatória, uma vez que a autora-apelada pretende ressarcir-se dos prejuízos sobrevindos a seu imóvel, cuja responsabilidade foi atribuída ao condomínio apelante.

O caráter compensatório da presente lide deve ser fixado, uma vez que as ações indenizatórias constituem exceção à regra do art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pois, nesses casos, o pedido inicial, embora restrinja o objeto da ação ao pagamento da indenização, não limita o *quantum* deste ao valor pleiteado ou ao valor atribuído à causa. Nesse senti-

do, é uníssona a jurisprudência dos tribunais pátrios, com sedimentado posicionamento em relação ao aludido parágrafo único do art. 459:

“Nas ações de indenização, não se aplica a disposição supra, porque a estimativa das perdas e danos, feita na inicial, não confere certeza ao pedido: a obrigação do réu é de valor abstrato, que depende de estimativas e de arbitramento judicial, este subentendido, sempre, em ações desta natureza” (RT 611/133, 630/68, *RJTJESP* 50/158, 110/160, *JTA* 103/190, 103/337); in Theotonio Negrão, *CPC e Legislação Processual em Vigor*, p. 292.

Assim, inobstante o diploma processual nacional determine que a execução deve ser feita pelo meio menos gravoso ao devedor, este dispositivo deve ser aplicado às formás e procedimento na fase de execução, estendendo-se à liquidação indiretamente, uma vez que esta antecede aquela.

Porém, essa regra minimizadora para o devedor não pode olvidar o sobrepor-se ao direito do credor. Portanto, em ações de natureza indenizatória em que a liquidação da sentença se fizer necessária, o arbitramento é inquestionavelmente a modalidade própria e adequada à realização deste *munus*, que não comporta o simples cálculo aritmético efetuado na liquidação por cálculo do contador.

Saliente-se, ademais, que a liquidação por arbitramento, sendo a mais idônea nas ações indenizatórias, não fere a regra da adequação da sentença aos limites do pedido, uma vez que, em ações dessa natureza, a condenação versa sobre a obrigação ou não de indenizar, relegando o *quantum* desta ao procedimento de liquidação, indicado,

nesses casos, o arbitramento, sem que esta decisão caracterize sentença *extra, ultra* ou *citra petita*, pois é da essência das ações de natureza indenizatória a incerteza sobre os prejuízos efetivamente suportados.

Assim, em face das razões acima expendidas, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se o *decisum* alvejado.

Salvador, 17 de maio de 1995.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS.

A ausência de razões finais em feito de rito sumaríssimo não constitui nulidade por não se tratar de indeclinável exigência do legislador processual. Provada a culpa do preposto da empresa, através de prova colhida nos autos. Improvimento do apelo.

Ap. Cív. 8.385-0/93. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 8.385-0/93, da Capital, em que é apelante Vibemsa — Viação Beira Mar S.A. — e apelada Nilzete Correia.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, rejeitada a preliminar, em negar provimento ao recurso, pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

A preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, que envolve também o mérito, levantada na apelação, afigura-se-me insubsistente, em face da sua preclusão.

Com efeito estabelece o art. 244 do Código de Processo Civil:

“Quando a lei prescrever determinada forma sem a cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade”.

Assim, que argumentos poderia ainda acrescentar, nas razões finais, o ora apelante àqueles demonstrados em suas razões de apelo? Entendemos, assim, que a ausência das alegações apontadas foi suprida com as considerações aduzidas pelo recorrente na apelação, não se justificando, pois, a anulação de um processo, iniciado em 18 de abril de 1980, para que tal omissão fosse suprida. Ademais, a preliminar de nulidade envolve o mérito da causa.

Por outro lado, a jurisprudência tem decidido que o procedimento sumaríssimo não prevê os debates orais. O precedente histórico do procedimento sumaríssimo foi o processo das medidas preventivas do código anterior em seu art. 685, em que também não havia debates orais (ac. unân. da 1ª Câm. Especial do TJ-RS de 21.01.75, na ap. 23.751, *in* Alexandre de Paula, *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*).

“A ausência de razões finais em feito de rito sumaríssimo não constitui nulidade por não se tratar de indeclinável exigência do legislador processual; pode-se admitir que, subsidiariamente, seja aplicada disposição pertinente ao procedimento ordinário

— art. 454 do Código de Processo Civil — e que o magistrado, após a colheita de provas, possibilite o pronunciamento das partes, mas não se infere que seja imprescindível, sob pena de nulidade, que os litigantes formulem as últimas alegações” (ac. unân. da 2ª Câm. do TA-PR, de 18.05.77, na ap. 165/77 in Alexandre de Paula — *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*).

Isto posto, rejeito a preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa.

No que respeita ao mérito, a apelação, também, é-me apresentada como sem fundamentação para desvalidar a sentença do juiz *a quo*, ora hostilizada.

Com efeito, a segunda testemunha da apelada, Juma Jacques Lima Santiago, depondo à fl. 79, foi incisiva ao dizer:

“Que o depoente viu as rodas traseiras do ônibus passarem sobre o pé direito da autora. Que a autora estava no passeio e o ônibus entrou, após a curva, fechado e o pneu do ônibus esmagou não totalmente o pé da autora e não prestou os devidos socorros, prosseguindo viagem. Que o depoente foi quem socorreu a autora e também outro rapaz”.

Por outro lado, a única testemunha da apelante, Hamilton Moreira da Conceição, ouvida às fls. 119 e v, afirmou, em consonância com o depoimento da segunda testemunha da apelada, que o motorista da recorrente não lhe deu socorro em vista de não conhecê-la.

Doutra sorte, importa, igualmente, dar-se ressaltado ao relatório do delegado de fls. 15/16, onde se lê que o motorista da apelante, José Carlos Félix da Costa, tem contra si mais dois inquéritos decorrentes de lesões corporais, o

que reforça a nossa credibilidade de ser o mesmo culpado do acidente questionado, ante a prova produzida pela recorrida, inclusive com o depoimento da testemunha, Joel Ribeiro Lima, de fl. 14, ouvida no inquérito policial.

O argumento, esposado pela apelante, de que o laudo de exame de sanidade física de fls. 11/13 testifica não ter a apelante ficado com alteração física que pudesse alterar o seu aspecto geral, e, também, não se ter verificado qualquer prejuízo funcional em seus vencimentos de professora, não me convence, em absoluto, no sentido de reformar a sentença em epígrafe, no aspecto condenatório.

Está provado, à fl. 20, com o atestado do chefe de Serviço da Universidade Católica do Salvador, que a apelada, aluna no curso de Letras Vernáculas com Inglês, trancou a matrícula no período de julho a setembro de 1977, por motivo de tratamento de saúde.

Está, por igual, provado, à fl. 19, por atestado médico, que a apelada não pôde se locomover no período de 16 de agosto a 20 de dezembro de 1977, razão por que, no período pré-falado, deixou de exercer a sua atividade profissional. Com os documentos de fls. 17/18, 21, 22, 25, estão comprovadas despesas que teve a apelada. O documento de fl. 83, atestado médico, datado de 11 de abril de 1991, evidencia, à saciedade, lesões da apelada decorrentes do acidente questionado. Por último, é relevante atentar-se para o depoimento da terceira testemunha da apelada, Telma Maria Queiroz de Oliveira, que, às fls. 79 v e 80, disse ter a recorrida ficado sem trabalhar em consequência do acidente.

Assim, o decisório epígrafado, res-

paldado no art. 1.521, III, do Código Civil, e na Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, encontra-se pleno de licitude, razão por que o meu voto é pelo improvimento deste recurso e manutenção do ato sentencial.

Salvador, 1º de junho de 1994.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS.

Ação de reparação de danos causados à lavoura do autor, resultante de incêndio iniciado em pasto de propriedade do apelado. Inexistência da prova de culpa ou simples resquício dela que justifique, no caso, a obrigação de reparar o dano, sem que se a possa imputar ao recorrido e a outra pessoa. Improvimento do apelo. Ap. Civ. 5.765-6/92. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 5.765-6/92, de Gandu, em que é apelante André Sabino da Paixão e apelado Valdir Palma Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em negar provimento ao recurso pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

Na comarca de Gandu, neste esta-

do da Bahia, contendem, numa ação de rito sumaríssimo, André Sabino da Paixão, autor, ora apelante, e Valdir Palma Santos, réu, ora apelado, em virtude de um incêndio iniciado no pasto da propriedade do apelado, e que, segundo a versão da inicial, não sendo adotadas medidas para evitar que o fogo se alastrasse até a propriedade vizinha do apelante, isto aconteceu, queimando cerca de uma tarefa e meia de cacaueiros novos. Não sendo possível solução amigável, foi ajuizada esta ação de reparação de dano.

Busca o apelante, em face do ocorrido, o reconhecimento da culpa do apelado e o conseqüente ressarcimento dos prejuízos causados à sua lavoura, por imprudência ou negligência, em virtude da queimada do pasto.

O fundamento maior é o pedido de ressarcimento por danos impostos em prédio rústico, sendo adequado o rito sumaríssimo (art. 275, II, *d*, do CPC), para a postulação indenizatória à propriedade e seus acessórios.

Entende-se por prédio, no sentido jurídico, aquele que “tem o significado de bem imóvel, compreendido este como sendo a área de terra, ou seja: o solo, que tanto pode ser urbano como rústico, edificado ou não”. Segundo o art. 526 do Código Civil, a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e a inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, nos limites que dela pode extrair o proprietário.

A alegada queima do pasto e a conseqüente perda dos cacaueiros admitem a propositura da ação, pelo rito sumaríssimo, sendo competente o juízo da situação do imóvel. Tanto o dano que se fundamenta na culpa quanto na

responsabilidade objetiva determinam a obrigação da reparação.

O procedimento sumaríssimo tem regras definidas. O art. 276 do Código de Processo Civil exige que, na petição inicial, o autor exponha os fatos e os fundamentos jurídicos, formule o pedido e indique as provas, oferecendo, de logo, o rol de testemunhas e documentos.

A apelante não indicou nomes de testemunhas, demonstrando, apenas, o domínio sobre o imóvel (doc. fls. 7/12). "Se desejar produzir prova testemunhal, oferecerá, desde logo, o rol de testemunhas, requerendo a sua intimação, se necessária, ou carta precatória para sua audiência, se estiverem em outro lugar" (Jacy de Assis). Calmon de Passos, com referência ao tema, ensina: "De particular mesmo, só na apresentação do rol de testemunhas com a inicial, sob pena de preclusão da produção de prova dessa natureza. No procedimento ordinário, pode a parte oferecer o rol de testemunhas, até cinco dias antes da audiência (art. 407). No sumaríssimo, não".

A jurisprudência é no sentido de que, "tratando-se de ação indenizatória de rito sumaríssimo, deve o autor arrolar suas testemunhas, no próprio momento em que oferece sua inicial" (1ª TA-RJ, ac. unân. da 7ª Câm. Cív., de 28.03.84, juiz Torres de Melo — *ADCOAS* 98.291, 1989).

Quanto ao réu, este "será citado para comparecer à audiência, com o prazo de interstício mínimo de 10 dias, contados da citação, e, na audiência, oferecerá defesa escrita ou oral, produzindo provas" (art. 278 do CPC).

Entretanto, faz a lei uma exigên-

cia, no que respeita à prova testemunhal, porque

"se o réu pretender produzir prova testemunhal, depositará em cartório, 48 horas antes da audiência, o rol de testemunhas respectivo" (art. 278, § 2º, do CPC).

Neste processo, nem o autor-apelante nem o réu-apelado, respectivamente, se utilizaram da prova testemunhal. Ao exame do processo, quanto à matéria de fato, essa prova era indispensável para a prova do alegado ilícito. Aquele, porque não as arrolou na inicial, e este, porque o fez na defesa escrita. O juiz *a quo*, acertadamente, indeferiu a ouvida das testemunhas do apelado, serodidamente indicadas.

Houve agravo (fl. 31), prejudicado em face da procedência da ação.

Restou a prova pericial, deferida, a pedido das partes, nomeado perito do juízo, sem assistentes técnicos e quesitação do apelante (fl. 38), por sinal não respondida pelo *expert*, sem protesto, porém.

Os fatos ocorreram em 9 de janeiro de 1989, o laudo pericial data de 10 de outubro de 1991. Logo, trabalhosa a constatação do que, realmente, aconteceu, passados um ano e nove meses. O perito, no item 7º do laudo, esclarece: "Dado ao longo tempo existente desde o relato do incêndio, fica difícil precisar a dimensão do estrago ocorrido na época, na lavoura existente na área, segundo a afirmação de André da Paixão". E, no item 8º: "Não foram ouvidas as testemunhas durante a perícia, por isso encontravam-se no local as partes interessadas" (fl. 47). Conclui o perito, que é engenheiro agrônomo, assim: "Por conseguinte, a precisão deste laudo perde um pouco em virtu-

de do longo espaço de tempo existente entre o fato ocorrido e esta perícia” (fl. 47).

Nessas condições, a prova pericial resultou frustrada. Primeiro, porque não teve condições de detectar o efetivo prejuízo causado à propriedade do apelante com a queimada dos alegados cacauzeiros. Segundo, porque não se refere, se tanto fosse possível, quem botou fogo, inadvertidamente ou propositadamente, ou, mesmo, se por outra qualquer causa.

Para a demonstração da culpa, o laudo pericial, no particular, é imprestável. Pelas razões explicitadas, não foram ouvidas, na instrução da causa, testemunhas, nem trazidos aos autos elementos outros para a sua aferição. Restam os depoimentos pessoais, e, estes, obviamente, oferecem as versões dos interesses defendidos.

O apelante diz:

“Que no dia 11 de janeiro de 1989, o requerido colocou fogo na manga, junto com os seus trabalhadores, tendo esse fogo se alastrado e penetrado na fazenda do depoente, destruindo uma tarefa e meia de cacau...” (fl. 37).

A seguir, relata o seu prejuízo com a perda de árvores e plantações.

Não fez, porém, em tempo algum, a prova do alegado.

“O ônus da prova incumbe” — diz o art. 333 do Código de Processo Civil, I — “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II — ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

O apelado diz:

“... não colocou fogo na manga de sua propriedade como também não sabe

quem foi que ateou o fogo na referida manga”.

Esclarece, mais adiante:

“que, quando faz queimadas, o depoente toma as necessárias providências para que o fogo não se alastre”. E que “tentou apagar o fogo acompanhado de Buni e Nena...” (fl. 27).

Inexiste prova de quem tenha posto fogo na manga. E, assim sendo, não há como, nem porque, segundo entendido, atribuir-se, especificadamente, ao apelado ter posto fogo na manga, sem querer ou propositadamente. Labora, *data venia*, em equívoco o digno *a quo* ao dizer que “admite o réu, no entanto, que o incêndio teria sido provocado por um empregado seu” (fl. 14), porque não é esta a conclusão a que se chega ao exame do depoimento pessoal do réu-apelado, que diz, literalmente, o seguinte:

“Acrescenta ainda o depoente que procurou saber de Manoel se ele tinha colocado fogo na manga, tendo o mesmo respondido negativamente” (fl. 27) (grifou-se).

Vai além, ao dizer que “insistiu com Manoel se ele, por descuido, não tivesse jogado um cigarro na manga, uma vez que o tempo apresentava sol quente, tendo Manoel (não se sabe pela redação) dito ‘repelido’ ou ‘respondido’, porque a redação é defeituosa, estando assim escrito: ‘... tendo Manoel repedido que não sabia se isso efetivamente ocorreria’ ” (fl. 27).

Não vislumbro na resposta nenhuma confissão, e, em consequência, não aceito tenha o apelado admitido que o seu empregado, sem querer, botara fogo na manga.

Por outro lado, a conclusão da sentença está, também, equivocada, *data*

venia, porque a sua fundamentação para julgar a ação improcedente é que:

“... não restaram provados, na fase do conhecimento, o dano emergente e o lucro cessante, impossibilitando, dessa forma, a apuração do respectivo *quantum* no juízo da execução” (fl. 64).

O dano emergente existiu. A queima da manga é evidente. O fato está afirmado pelo apelante; admitido pelo apelado e mencionado no laudo pericial. O fogo causa danos, evidentemente. Entretanto, o que restou indemonstrado foi a sua extensão em decorrência da passagem inexorável do tempo (um ano e nove meses), da data do incêndio até a apresentação do laudo pericial. Quanto a lucros cessantes, desde que existam, devem ser cogitados, requeridos e demonstrados na fase de conhecimento. O seu *quantum* é apurado na execução da sentença, com a prévia liquidação, se a decisão for ilíquida. Aliás, a inicial a eles não faz a menor referência.

O que inexistiu, nestes autos, sem sombra de quaisquer dúvidas, é a prova da culpa. Esta, sim, ausente no processo, impede a procedência da demanda, pois a regra universalmente aceita é que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

“Em nosso sistema jurídico, impera soberanamente o princípio da culpa e não do risco em matéria de responsabilidade civil. A ação ou omissão do lesante há de ser voluntária, ou que haja, pelo menos, imprudência ou negligência de sua parte. Em síntese: se ausente a culpa não há que se falar em ressarcimento de danos”.

Daí, o art. 159 do Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Desdobrando essa disposição legal, vemos os pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

“O nosso Código não aceita a presunção da culpa na responsabilidade civil por fato pessoal, tampouco por fato de terceiro. O ofendido tem que provar o nexo de causalidade do fato, com a ofensa causadora do prejuízo” (Fernando Bastos de Oliveira in *A Responsabilidade Civil e Legal no CC Brasileiro*, p. 173).

Importa dizer, ainda, como reforço do quanto se expõe, que é cediça a afirmação de que a culpa não se presume e necessita ser demonstrada para justificar a imposição de sanções.

Não há, no processo, a prova da culpa ou simples resquício dela, que justifique, no caso, a obrigação de reparar o dano, que se diz ter havido, não demonstrado em toda a sua inteireza, sem que se possa imputá-lo ao apelado ou a quem quer que seja.

Por todos esses fundamentos, é que nego provimento ao recurso apelatório, a fim de julgar improcedente a ação, sem a cominação em custas e honorários, uma vez que o apelante está beneficiado pela assistência judiciária gratuita.

É o meu voto.

Salvador, 28 de setembro de 1993.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ELETROCUSSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade objetiva dispensa comprovação do elemento subjetivo previsto no art. 159 do Código Civil. Prova colhida favorável à pretensão da apelada. Improvimento do recuse.

Ap. Civ. 3.932-9/92. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 3.932-9/92, da Capital, em que é apelante Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia e apelada Maria das Dores Silva de Freitas.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em negar provimento ao recurso pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

Tratam os autos do acidente ocorrido no dia 5 de janeiro de 1991, nesta Capital, que resultou na morte de Edvaldo Silva dos Santos, menor impúbere, filho da autora, ora apelada, por eletrocução, próximo à sua residência. A inicial descreve o fato, expõe o direito e requer o “ressarcimento à autora das despesas referentes ao funeral de seu filho, com juros e correção monetária, além do pagamento de uma pensão alimentícia, no valor de um piso nacional de salário ou valor arbitrado pelo juízo, equivalente até a média de idade de sobrevivência do mesmo, equivalente a um mínimo de 55 anos”.

Também, uma indenização de Cr\$3.000.000,00 ou valor arbitrado pelo juízo “pela dor moral ocasionada à autora em virtude da morte trágica do seu filho menor, em idade escolar”. Custas e honorários, em consequência.

A ré, ora apelante, contesta a versão da apelada, discute o direito em que se arrima a apelante e atribui a responsabilidade à “culpa exclusiva da vítima” e a “fato de terceiro”, como excludentes de sua responsabilidade civil. Nega o pretendido direito à reparação do dano moral, requerendo, afinal, que a ação seja julgada improcedente.

Irresignada, apela da sentença que julgou procedente, em parte, a ação, não insistindo mais na tese de culpa exclusiva da vítima, pugnando pelo reconhecimento de “fato de terceiro”, persistindo nos argumentos anteriormente aduzidos, entendendo que o decisório merece “sua total reforma, considerando que se coaduna ela com as provas carreadas para os autos”, esquecendo-se do advérbio *não* por um lapso, pois o teor do recurso é no sentido da revisão da sentença, postulando a “isenção de responsabilidade civil pelo evento danoso” (fl. 87).

Não assiste à apelante razão porque a sentença não merece reforma alguma, uma vez que examinou a prova e o direito aplicável com inegável acerto.

Com inteira propriedade, diz o juiz *a quo*:

“Aplica-se ao caso em exame a responsabilidade objetiva, tendo em vista a natureza perigosa da atividade desenvolvida pela requerida e o disposto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal”.

E mais:

“Sabe-se que a responsabilidade, pela ótica objetiva, dispensa comprovação do elemento subjetivo, previsto no art. 159 do Código Civil brasileiro, bastando, para a sua caracterização, a demonstração do dano e o nexo entre esse elemento e o fato imputável ao agente ou à administração” (fl. 79).

Diante desse posicionamento, que é correto, as teses levantadas pela apelante não têm condições para ilidir o fundamento jurídico da pretensão da apelante. E, *ad argumentandum*, se tivessem força para eximi-la de sua responsabilidade, a prova dos autos não a favorece, porque lhe é completamente adversa, como bem examinada na sentença recorrida.

A prova é, toda ela, em abono das pretensões da apelada. Ninguém mais abalizado para examiná-la do que o juiz *a quo*, prolator da sentença, ao concluir:

“A prova testemunhal é convergente e não discrepa dos demais elementos de convicção carreados para os autos. As pessoas ouvidas, todas moradoras do local, são unânimes em afirmar que a requerida, por intermédio de seus prepostos, interrompeu o fornecimento de energia, deixando no local um pedaço de fio energizado ao alcance de qualquer pessoa”.

Diz, ainda:

“Por outro lado, a requerida não conseguiu provar a culpa exclusiva da vítima para se eximir da responsabilidade” (fl. 80 da sentença).

Admite a decisão impugnada, acertadamente, como indenizável, o dano moral sofrido pela apelada com a morte de Edvaldo Silva dos Santos, seu filho, menor impúbere, cominando sanção pecuniária à apelante.

A apelação não tem força para reformar a decisão prolatada pelo magistrado *a quo*. As razões do apelo se resumem em repetir argumentos anteriores, inadmitidos pelo decisório e rebatidos nas contra-razões da apelada. Insiste, porém, na tese da caracterização da “excludente da responsabilidade civil preconizada na lei adjetiva (fato de terceiro)” e que seria, a seu ver, “... o verdadeiro responsável pelo evento, tanto do ponto de vista material quanto psicológico”.

Não tem razão. Os fatos e o direito aplicável não amparam a ré-apelante.

Nega tivesse o menor qualquer atividade laboral, quando os autos dizem o contrário.

A sentença reconhece que “a vítima era filho único, tinha 12 anos de idade, vendia picolé e trabalhava numa oficina mecânica” (fl. 80).

Os autos demonstram, à saciedade, que a morte do menor ocorreu em virtude de terem os empregados ou prepostos da apelante retirado o medidor de consumo de energia elétrica, cortando o fornecimento, por falta de pagamento, deixando fios descobertos, sem a mínima proteção (fotos fls. 23/24), além de referência das testemunhas em seus depoimentos e, quando, inadvertidamente, o menor brincava no local, recebeu um choque elétrico que lhe causou a morte (fl. 10) — Certidão de Óbito.

“A jurisprudência uniforme é no sentido de que o poder público deve responder pelos danos sofridos por particulares em razão do mau funcionamento dos serviços públicos. É certo, outrossim, que pouco importa a concorrência de outros fatores ou concausas para a deflagração do evento lesivo aos particulares, pois assim mesmo sempre

subsistirá a responsabilidade do poder público pelos defeitos danosos do mau funcionamento de seus serviços" (TJ-SP, ac. unân. da 1ª Câm. Cív., de 30.10.79, ap. 281.930, de Itapetinga, rel.-des. Luiz Tambara, in *ADCOAS* 74.570).

É entendimento da doutrina:

"A teoria da culpa administrativa traz vestígios do conceito de culpa, que no dizer de Pedro Lessa será 'impessoal, objetiva, do serviço público', pois, em todos os casos em que o dano resulta de um ato de um dos órgãos, ou de um dos prepostos da administração, e se descobre que o procedimento desse agente administrativo foi culposos, o particular prejudicado tem direito à indenização; mas, além desses casos, sempre que o prejuízo emanou de um fato material, do funcionário passivo do serviço público, sem nenhuma culpa pessoal, basta um acidente administrativo, uma irregularidade de qualquer providência, um insignificante e involuntário desvio do bom funcionamento do serviço público para justificar a indenização do dano causado aos particulares" (*Do Poder Judiciário*, p. 165 e 166).

É entendimento da jurisprudência, consubstanciado na ementa que se transcreve:

"A empresa exploradora de energia elétrica, pelos altos riscos decorrentes da natureza dessa indústria, tem o inafastável dever de manutenção constante em todos os seus equipamentos, sobretudo aqueles que, pela sua localização, se mostram de mais fácil acesso aos transeuntes, cuja incolumidade há de ser preservada a qualquer preço, tanto mais quando se trata de serviço público remunerado de forma verda-

deiramente excepcional pela coletividade. Por isso, também da empresa prestadora se exigem zelo muito especial e adoção de todas as cautelas que, por maiores, nunca serão demasiadas, a fim de obviar os perigos naturais e previsíveis decorrentes dessa atividade" (TJ-BA, ac. das Câms. Cívs. Reuns., de 13.06.85, embs. 3/84, rel.-des. Paulo Furtado, in *ADCOAS* 105.041, 1985, p. 519).

Colhe-se da sentença, ao exame da prova testemunhal, o seguinte:

"Todas as moradoras do local são unânimes em afirmar que a requerida, por intermédio de seus prepostos, interrompeu o fornecimento de energia, deixando no local um pedaço de fio energizado, ao alcance de qualquer pessoa" (fl. 80).

E, ainda:

"... a requerida retirou o contador do local, deixando perigosamente exposto o fio que saía do aparelho, pois, além de estar dando choque, o lugar era preferido pelas crianças, para brincar" (conclusão do magistrado *a quo*, ao exame do processo, fl. 80).

"Tem a companhia de energia elétrica a obrigação de cuidar das instalações elétricas, adaptando-as às exigências da técnica moderna, principalmente revestindo os fios condutores a fim de evitar possíveis acidentes. A morte de pessoas, decorrentes do fato de o fio elétrico se aproximar do solo, seja por defeito ou por falta de cuidado, acarreta a responsabilidade da empresa. Fios energizados são elementos perigosos e com eles deve haver o máximo cuidado, antes de tudo, pela empresa que explora o fornecimento de energia elétrica. Sendo irrelevante, para efeito da fixação da responsabilidade, o fato de as vítimas

terem atravessado a cerca de arame, deixando o portão" (trecho do acórdão da lavra do des. Protásio Leal, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 13.05.82 in *ADCOAS* 86.254, 1982, p. 599).

De referência ao dano moral, reconhecido na sentença, não há de padecer dúvida, porque pacífico é o entendimento de que ele é ressarcível, é indenizável e, assim sendo, também nesta parte, assiste direito à apelada.

"Na forma do direito sumulado, plenamente cabível é a indenização pelo acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. A perda de um filho de 12 anos representará um prejuízo real, na medida em que, com a sua morte, elimina-se a possibilidade de que venha a ser útil à família. Trata-se da supressão de valor econômico, ou, por outra, cuida-se de um dano econômico, que deve ser reparado" (TJ-BA, ac. das Câms. Cívs. Reuns., de 13.06.85. Embs. 3/84, de Salvador rel.-des., Paulo Furtado, verbete *ADCOAS* 105.196, 1986, p. 536).

"A perda de um filho menor de oito anos — decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — importa em real prejuízo" (ap. 18.213, *RF* 97/158, des. Erasmo Correia).

Salienta o acórdão o seguinte: "... embora fosse fonte de despesas e não de auxílio para os pais. Há uma expectativa que o desastre elimina, de que a criança sacrificada, por negligência da empresa poderosa, venha a ser útil à família. Trata-se de supressão de um valor econômico, ainda que em estado potencial, mas que constitui, indubitavelmente, dano econômico".

E, por fim:

"Nos termos da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, é inde-

nizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exercesse trabalho remunerado. A indenização defere-se a título de verdadeiro amparo social ao pai carente de recurso, que perde o filho, representando esta possibilidade de ajuda futura" (TJ-ES, ac. unân. da 2ª Câm., rel.-des. Hélio Gualberto Vasconcelos, in *ADCOAS* 74.855, 1981, p. 23).

É, também, acertada a fixação da pensão em um terço do salário mínimo, "até quando a vítima, se vivo estivesse, completasse 25 anos de idade, em face de ser este o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante" (fls. 80/81 da sentença).

Por todo o exposto, o meu voto é no sentido de negar provimento à apelação para confirmar, integralmente, a sentença de fls. 78 a 81, por seus jurídicos fundamentos.

Salvador, 5 de maio de 1994. Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO DE RITO SUMARÍSSIMO.

Sendo a ação de rito sumaríssimo a qual tem curso durante as férias (art. 174, II, do CPC), o prazo para recurso não é interrompido e nem prorrogado, daí por que a apelação interposta fora do prazo estabelecido no art. 508 do Código de Processo Civil torna-se intempestiva. Não-conhecimento do recurso.

Ap. Cív. 815/88. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 815/88, de Santo Antônio de Jesus, em que é apelante Juvenal Santos Nogueira e apelado Benedito Roque Pinheiro da Silva.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em não conhecer do recurso, pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

O presente recurso foi interposto, intempestivamente, o que implica no seu não-conhecimento.

Lê-se da certidão de fl. 57v que o advogado do apelante foi intimado da sentença no dia 17 de dezembro de 1987, no entanto, só interpôs a apelação no dia 1º de fevereiro de 1988, conforme se observa das razões de fls. 55/63. Portanto, fora do prazo de 15 dias, previsto no art. 508 do Código de Processo Civil, para a sua interposição, em razão do presente feito, sendo uma ação de rito sumaríssimo, tramitar no período ferial, conforme dicção do art. 174, II, da lei formal.

In casu, trata-se de prazo peremptório, na conformidade do que dispõe o art. 182 do Código de Ritos, razão pela qual não pode ser reduzido ou prorrogado, ainda que as partes anuam, e por ser matéria jurídica de ordem pública pode, sem dúvida, ser decidida de ofício, não se conhecendo o recurso.

Em abono dessa inteligência, ao ensejo, colaciono os arestos abaixo ementados:

“Os prazos recursais são peremptórios por sua natureza, uma vez que relacionados ao instituto da coisa julgada, que, ultrapassando os lindes

do Direito Processual, vêm inscritos como cânones constitucionais, abroquelados da segurança das relações jurídicas — CF, art. 153, § 3º. A regra de hermenêutica *strictissimae sunt interpretationes* é aplicável aos prazos recursais (ac. do 2º Gr. de Câms. do 1º TA-RJ, em embs. na ap. 61.743, rel.-juiz Hélio Mariante da Fonseca)” (Alexandre de Paula, *Código de Processo Civil Anotado*, 5. ed., v. 1, p. 747).

“A matéria de prazos, na relação processual, é, de regra, de ordem pública, não dependendo de aprazimento das partes ou tolerância do juiz. Quando, excepcionalmente, a lei permite sua prorrogação, esta não abrange os prazos peremptórios (STF, ap. DJ25.07.63/386)”.

“Recurso interposto fora do prazo. Não-conhecimento.

Ementa: Recurso interposto fora do prazo previsto no art. 508 do Código de Ritos não deve ser conhecido” (ac. da 3ª Câ. Cív. do TJ.BA, ap. civ. 352/90, de Camaçari, rel.-des. Júlio Batista Neves, apelante Divaltércia Barbosa Montenegro, apelada Casa Stela S.A.).

Por tudo quanto foi expendido, o meu voto é no sentido de não conhecer este recurso de apelação.

Salvador, 10 de agosto de 1993.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO DEMOLITÓRIA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS. INTIMAÇÃO A EMPRE-SANA PESSOA QUERECEBEUA CITAÇÃO INICIAL. INEQUÍVOCO ACESSO A OLAUDO. DOCU-

MENTO PARTICULAR. PROVA DE VALOR RELATIVO. MULTA QUE SE INICIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO.

A intimação efetivada, no curso do processo, à pessoa que, embora sem ser representante legal da empresa, recebeu a citação inicial, proporcionando a defesa do réu, sem que nenhuma objeção tenha sido formulada, é eficaz. Aplica-se, no caso, o princípio da convalidação. Não pode arguir cerceamento de defesa, por não ter tido acesso ao laudo a parte que, através do seu patrono, seis meses depois de o mesmo ter sido apresentado, comparece à audiência e ainda se manifesta nos autos. Documento particular não tem o condão de, por si mesmo, desconstituir os fundamentos da decisão, contrariando o laudo pericial. A multa incide a partir do trânsito em julgado da sentença, até mesmo porque se dirige para o caso de descumprimento do comando nela indicado.

Ap. Civ. 8.332-9/93. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 8.332-9/93, da Capital, em que figuram como apelante Cadiesel — Peças e Serviços Ltda. — e como apelados Eudásio Gomes Pereira e Cláudio Gomes Pereira.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrantes

da Turma Julgadora, à unanimidade de votos, em não conhecer do agravo, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso da parte ré e negar provimento ao da parte autora, mantendo-se, à exceção da fixação dos honorários, que serão no valor de 20% sobre a condenação, a sentença, por seus próprios fundamentos.

Tratam os autos de uma ação demolitória, cumulada com reparação de danos, cuja lide se instaurou em decorrência, segundo os fatos postos na inicial, da construção de um muro de alvenaria, que, em desconformidade com preceitos técnicos, causou danos no imóvel dos apelados.

Por suas fundadas razões, entendeu a eminente *a qua* em julgar procedente o pedido objeto da ação, sustentada notadamente na prova pericial realizada, no que resultou o inconformismo da apelante, que, mediante recurso próprio, tratou de pleitear a reforma da sentença.

Inicialmente, pugna pela apreciação do agravo retido de fl. 59, como preliminar deste apelo, interposto que foi ante a decisão que, segundo entendeu, modificou o rito da ação e designou a realização de prova pericial. Entretanto, inobstante vir desacompanhado das razões da sua irresignação, o que, por si só, conduziria ao não-conhecimento do recurso, há de se esclarecer que o procedimento da ação não foi modificado, como concluiu o apelante, e a prova deferida, sob todos os aspectos, era imprescindível ao deslinde do feito, sem que isso esteja a significar, em absoluto, a descaracterização do rito processual.

No transcorrer das suas razões, pleiteia o apelante, ainda em preliminar, a nulidade do processo, tendo em vista

não ter a intimação para a audiência de instrução sido efetivada na pessoa do representante legal da empresa. Juntou, como suporte da sua tese, o contrato social respectivo.

Um dos assuntos mais intrincados da ciência do direito é o relativo a nulidades dos atos jurídicos.

As invalidades processuais, já que é o aspecto aventado nesta oportunidade, para que assim sejam reconhecidas, estão submetidas a determinados princípios, que se vinculam, de uma forma ou de outra, às regras e finalidades de toda a construção do direito processual. Com esses princípios, delimita-se a base de sustentação da ocorrência e reconhecimento de uma invalidade no processo.

Outrossim, sem pretender discorrer acerca da amplitude desses princípios, cabe ressaltar, dada a singularidade com a espécie, o princípio da convalidação, segundo o qual, no direito processual civil, toda nulidade se convalida pelo consentimento, o que significa afirmar que se a parte interessada, expressa ou tacitamente, admitiu a sua caracterização, não pode, posteriormente, suscitá-la. Note-se que esse princípio vem intimamente vinculado ao conceito de preclusão, no particular disposta pela omissão deliberada na utilização da faculdade impugnativa.

Como conclusão, insta considerar a respeito as considerações formuladas por Romeu Komatsu, in *Da Invalidade no Processo Civil*, Ed. RT, que fez dispor: excetuadas as hipóteses em que o juiz deve ou pode, de ofício, decretar a invalidação do ato e mesmo da relação processual, a nulidade vem automaticamente sanada, toda vez em que não seja proposto o respectivo requerimento e

“na primeira oportunidade em que

couber à parte falar nos autos” (art. 245 do CPC).

Dito isto, verifica-se nos autos, ante a arguição de falta de intimação do representante legal da empresa para comparecimento à audiência de instrução e julgamento, como já assinalado, que a intimação se realizou na mesma pessoa que recebeu a citação inicial e que proporcionou a defesa do apelante. Desse modo, independentemente da averiguação de ser essa pessoa representante ou não da empresa, tem-se que, se a primeira comunicação cumpriu seu objetivo, sem que a parte interessada levantasse qualquer defeito, inadmissível que, numa segunda oportunidade, busque uma alegação dessa natureza, absolutamente em divergência com os princípios informativos da teoria das nulidades e da própria finalidade das regras processuais.

Por outro lado, pleiteia, igualmente, o apelante a nulidade do feito, pela ocorrência do que entendeu como cerceamento de defesa, desde que, intimado para se manifestar sobre o laudo pericial, cujo prazo é comum, deparou-se com a informação cartorária de que os autos haviam sido retirados pela parte autora. Naquela oportunidade, peticionou ao ilustre *a quo* discorrendo a respeito do ocorrido. Devolvido o processo, não lhe foi, segundo suas alegações, proporcionada oportunidade para a sua regular intervenção.

Essa mesma arguição foi formulada na audiência em que foi julgado o feito, andando bem o juiz do primeiro grau ao rechaçar a alegação, já que, se de um lado lhe assiste razão em ter o seu prazo restituído de forma integral, em virtude do ocorrido, do outro é certo que, devolvido a cartório o feito em 26 de dezembro

de 1990, consoante indicação à fl. 113, seguiu-se, a partir daí, a designação de audiência para o dia 25 de junho de 1991, quase seis meses após a respectiva devolução, que não se realizou, mas que teve a presença registrada do patrono da apelante (fl. 129), como também uma manifestação nos autos, com apresentação de documentos, do próprio apelante (fls. 118 e seguintes).

De todo o exposto, é inequívoco o entendimento de ter o apelante tido acesso ao laudo pericial, não lhe restando razões que justifiquem a sua omissão, só compreendida como forma de procrastinação.

Também preliminarmente, rebelase o apelante contra a aplicação da pena de confissão, que alega não ter sido requerida. Quanto a este tópico, para que não haja maiores delongas, basta se considerar que em nenhum momento se fez referência, na sentença, à aplicação argüida, o que chancela, por si só, mais essa pretensão.

Por sua vez, considera irregular a presença de Cláudio Gomes Pereira nos autos, porque menor, pugnado, por isso mesmo, pela nulidade do processo, por mais este fundamento.

Esclareça-se, sob este aspecto, que à fl. 43 dos autos se encontra a procuração por instrumento público outorgada pelo então menor púbere, devidamente assistido por seu genitor, além do que, no curso da ação, atingiu a maioridade conforme se depreende do documento de fl. 70.

Rejeita-se, portanto, todas as preliminares suscitadas pelo apelante.

De resto, no tocante ao mérito da questão, entende o apelante que a não-referência do julgador, na sentença, ao documento firmado por um engenheiro

particular, no qual se atesta estar o muro objeto da lide construído dentro das especificações técnicas recomendáveis, é suficiente para descaracterizar o fundamento delineado. Nada mais singular, portanto, que pretender vincular a eficácia de uma sentença à observância de documentos absolutamente impertinentes ante a prova pericial produzida, com a oportunidade que se abre às partes para que sejam apresentados os seus assistentes técnicos.

Por sua vez, igualmente dotado de fragilidade se traduz o argumento de que deu o apelante conhecimento da venda do imóvel ao juízo da causa, o que não foi considerado pelo laudo pericial. Ora, a afirmação assim posta, por não revelar o seu verdadeiro conteúdo, em nada se recomenda, desde que as razões que justificariam a sua pretensão não se apresentaram de forma clara, seja porque materialmente não se vislumbra a necessidade perseguida pelo apelante, seja porque processualmente é, à toda evidência, ineficaz.

Afinal, repelida a fixação dos honorários em salários mínimos, já impugnada na contestação, impõe a modificação desta parte do *decisum*, para que, na forma do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, sejam os honorários fixados em 20% do valor da condenação, que, pela natureza dos pedidos, deverá ser regularmente apurada.

Por outro lado, interpuseram os autores recurso adesivo, onde irresignam-se contra a parte da sentença em que fixou a multa pecuniária pleiteada na inicial, a partir do trânsito em julgado da decisão, quando fora requerida a partir da citação, ao que lhes parece ser o critério mais justo, até porque não ficariam subordinados aos recursos de que

pode se utilizar o réu, como forma de protelar a formação da coisa julgada.

Prossegue por afirmar que a multa como fixada se configura em julgamento *extra petita*, já que não fora esse o pedido formulado na inicial, que buscava, na oportunidade, a sua fixação em cruzados.

Por tais razões, pede o provimento do recurso para que seja determinado que a multa pecuniária vigore a partir da citação e da forma e modo pugnados na peça vestibular.

Equivocam-se, sob os dois aspectos, os recorrentes, já que não buscaram compreender que a multa tem como termo inicial o trânsito em julgado da sentença, porque a sua cominação, na essência do seu conteúdo, dirige-se para quando haja descumprimento do comando nela indicado. Não se confunde, por isso mesmo, com a multa estipulada *initio litis*, proveniente de uma decisão judicial em que se ordena que a parte pratique ou se abstenha de praticar algum ato até desate final da lide, caso em que se justificaria tomar, não a citação, mas, a intimação, que muitas vezes a acompanha, como termo inicial para a apuração do seu valor.

A propósito, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal nesse sentido, através da sua 2ª Turma, rec. extraord. 86.304-4, rel.-min. Cordeiro Guerra, que dispôs: "Incide a multa a partir do trânsito em julgado da decisão que a decreta" (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, Theotonio Negrão, 1993, p. 244, nota 5 do art. 287).

Em resumo, a multa como fixada se relaciona com o descumprimento do comando emergente da sentença, que só se torna eficaz após o trânsito em julgado desta.

De outro lado, inexistente o julgamen-

to *extra petita* considerado pelos recorrentes, desde que a fixação de valores em moeda atualizada, ainda que monetariamente em importância inferior àquela pleiteada, não pode ser assim caracterizada.

O critério em que se baseou o julgador para fixação da pena pecuniária não merece qualquer reparo, mormente nos termos indicados pelos recorrentes, já que, sustentando as suas razões tão-somente no aspecto temporal, de onde derivou todo o inconformismo manifestado, tratam, apenas, de revelar o seu intuito em justificar um conseqüente enriquecimento sem causa, que não é a finalidade dessa disposição.

Ante o exposto, não se conhece do agravo, rejeitam-se as preliminares e dá-se provimento parcial ao recurso da parte ré, negando provimento ao da parte autora.

Salvador, 15 de junho de 1994. Mário Albiani — Presidente e Relator.

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ATO CITATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO.

Prevalece, até prova em contrário, a certidão exarada por oficial de justiça, por ter fé pública, na qual certifica que efetuou a citação na pessoa do representante legal do citando, mesmo que não tenha sido exposta a nota de ciência.

Ap. Cív. 12.947-9. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-

tes autos de apelação cível 12.947-9, da comarca da Capital, em que são partes, respectivamente, como apelantes Kleber S/A Caldeiraria e Montagens Industriais do Nordeste e, apelado, a Mirpac — Montagens Industriais Representações e Comércio Paulo Couto Ltda.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, em negar provimento ao apelo, à unanimidade de votos.

Integra-se a este aresto o relatório de fls.

A sentença *a quo* é incensurável; nela o nobre julgador, por entender válidas e eficazes as citações, aplicou às firmas-rés os efeitos da revelia.

Compulsando-se os autos, vê-se que a citação efetuada, via precatória, na comarca de Feira de Santana, não macula qualquer vício de nulidade.

No mandado citatório constou, equivocadamente, o nome da firma Kleber Montagens Industriais Ltda., junto da firma-ré, Kleber S/A Caldeiraria, situada naquela cidade, cuja citação foi efetuada na pessoa do Sr. Nilson. Ora, inobstante o equívoco mencionado, o ato atingiu sua finalidade, citada a firma-ré localizada naquela cidade. De igual modo, improcede a alegação da recorrida quanto à falta de representação do funcionário citado.

A empresa, como se sabe, é citada através de seu representante legal. Ao proceder a citação, o serventuário não está obrigado a exigir prova da representação legal. Tanto assim, reveste-se de validade a citação realizada na pessoa que se apresenta como preposto, inclusive, sem manifestar recusa em dar o seu ciente.

Farta a jurisprudência nesse sentido:

“É válida a citação de pessoa que aparenta ser sócio-gerente da sociedade executada, se o conjunto dos fatos induz terceiro à crença de que efetivamente representa a citanda” (RT 595/132). Neste sentido: RT 595/81. Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 20. ed., RT, 1990, p. 141.

Ademais, como bem ressaltou o apelado, as correspondências expedidas pela empresa apelante e anexadas aos autos, às fls. 38 a 41, são assinadas pelo diretor administrativo-financeiro, Sr. Wilson Guimarães.

No tocante à citação efetuada na cidade de Campinas, em cujo mandado os apelantes apontam irregularidades e pedem sua anulação, do mesmo modo, não subsiste razão.

O art. 226, III, do Código Processual vigente determina ao oficial de justiça o cumprimento de algumas formalidades no momento da citação, dentre elas, obter a nota de ciente ou certificar que o réu não a após no mandado.

No caso em tela, embora o oficial tenha certificado que procedeu à citação e o representante legal da firma acionada exarou o seu ciente, o mesmo não foi encontrado nos autos.

A inobservância dessa formalidade não induz à nulidade da citação, conforme entendimento assentado na jurisprudência dominante:

“7. A citação válida requer certas solenidades. O art. 226 do Código de Processo Civil estipula em seus incisos o ritual adequado para efetivação da citação, determinando no inc. III que o oficial deve obter a nota de ciente ou certificar que o réu não quis apor o seu

ciente no mandado. A mesma regra se estende às notificações e interpelações. O oficial de justiça, no desempenho de sua missão, prescinde da cooperação do citando e a citação vale, produzindo efeitos, mesmo sem o "ciente" daquele, bastando que o primeiro ateste, portanto, por fé, o efetivo conhecimento por parte do último. A certidão da realização, por parte do oficial de justiça, também o é, porém, com o *plus* da fé que a lei lhe confere às declarações de conhecimento. Ato do citado, o ciente, pratica-o o citado se quer. Não há coerção para que o faça. Sem ele, existe e pode ser válida a citação (ac. unân. da 9ª Câm. do TJ-SP, de 10.12.87, na ap. 124.969-2, rel.-des. Camargo Viana; *RJTJSP* 112/260, in Alexandre de Paula, *CPC Anotado*, 6.ed., RT, 1994, Pol. I, p. 872).

Outro não é o caso dos autos. O oficial de justiça tem fé pública. Sendo, portanto, verdadeiro o que ele certifica, a presunção é *juris tantum*. Em caso de dúvida, deve prevalecer a certidão.

A certidão lançada nos autos traduz, de forma inequívoca, o cumprimento da diligência pelo oficial de justiça quanto à citação inicial da parte. A inexistência do ciente do citado não imprime nulidade ao ato citatório. Agiu, portanto, com acerto o julgador do primeiro grau.

Assim, pelos fundamentos aqui expostos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença em toda sua inteireza.

Salvador, 17 de agosto de 1994.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE PENSÃO. PENSIONISTA DE SERVIDOR PÚBLICO FALECIDO.

Tratando-se de norma constitucional auto-aplicável, como é a do art. 40, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que determina o pagamento da pensão correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos de servidor falecido, impõe-se a procedência da ação. Recurso improvido.

Ap. Cív. 7.669-7/93. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 7.669-7/93, da Capital, em que figuram como apelante IAPSEB — Instituto de Assistência e Previdência do Servidor Público — e como apelada Lindaura Leal Figueiredo.

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

Integra a este o relatório de fls.

Lindaura Leal Figueiredo pede, na condição de viúva de ex-segurado do IAPSEB, através de ação ordinária, revisão de pensão instituída pelo falecido, desde 1979, alegando que o citado benefício não corresponde aos atuais vencimentos (soldo) de um terceiro-sargento da PM, posto que seu ex-marido fora reformado. O IAPSEB respondeu à ação de modo tardio, daí, em sentença do primeiro grau, haver sido decretada a revelia.

A questão posta sob exame é concernente sobre se é ou não auto-

aplicável a norma constitucional, art. 40, § 5º, da Constituição Federal, a fim de que possam os pensionistas receber pensão sobre a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.

Assim reza o dispositivo constitucional supramencionado:

“O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior”.

Por seu turno, o art. 20 do ADCT, da Constituição de 1988, disciplina:

“Dentro de cento e oitenta dias, proceder-se-á à revisão dos direitos dos servidores inativos e pensionistas e à atualização dos proventos e pensões a eles devidos, a fim de ajustá-los ao disposto na Constituição”.

De outro passo, dispõe o § 3º do art. 42 da Constituição estadual que o “benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, respeitado o limite máximo de remuneração no Estado”.

Bem analisadas essas normas, em cotejo com o que dispõe o art. 37, XI, da Carta Magna, não subsiste dúvida de que o art. 40, § 5º, da Constituição Federal é *self acting*”.

Pelo art. 37, XI, da Constituição Federal, ficou estabelecido que a remuneração máxima dos servidores, a qualquer título, não pode ultrapassar, no âmbito dos respectivos poderes estaduais, os valores percebidos pelos deputados, desembargadores e secretários.

Sem razão o apelante, quando procura fundamento no art. 195, § 5º, da

Constituição Federal (fls. 56/57) para eximir-se do dever de pagar pensão integral, pois a norma invocada é pertinente à seguridade social, diversa daquela instituída pelo art. 40, § 5º, do mencionado diploma legal, que, no art. 20 do ADCT, determina execução, independentemente de qualquer outra lei.

É dever do Estado dispor de meios para cumprir sua obrigação. A Constituição do Estado da Bahia disciplina, em seu art. 51, *verbis*:

“O regime previdenciário e assistencial do Estado será custeado pela administração estadual centralizada, autárquica e fundacional, na qualidade de empregadora, e pelos próprios servidores, além de outras fontes, na forma da lei”.

Tendo sido fixado através de norma constitucional federal o valor correspondente à remuneração ou provento do servidor falecido, não carece, absolutamente, de lei estadual para aplicá-la.

A Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, estabeleceu, no art. 215, que, por “morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito”, observada como limite máximo a remuneração percebida, “em espécie, a qualquer título, no âmbito dos respectivos poderes, por ministros de Estado, por membros do Congresso Nacional e ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 42, repetição do art. 37, XI, da Constituição). A lei sob exame não cuidou do seu custeio, permitindo que fosse objeto de uma outra lei (art. 231).

Observa-se, desse modo, que, mesmo sem a fonte do custeio, a pensão integral teve iniciado seu pagamento em prol dos beneficiários de todos os servidores federais falecidos.

Pinto Ferreira, intérprete fiel do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, assim se expressa:

“Os beneficiários da pensão por morte correspondem à totalidade dos vencimentos ou proventos de servidor falecido, até o limite estabelecido em lei.

Não há retroeficácia desta norma, pois a sua incidência se efetiva a partir da promulgação da Constituição.

O dispositivo em apreço tem validade para as três esferas da administração do Estado, a saber, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Já não é preciso ingressar na Justiça para conseguir a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido” (*In Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2, Saraiva, 1990, p. 418).

A respeito da matéria aqui enfocada, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em sessão plenária de 23 de fevereiro de 1989, assim ementou:

“Por ser auto-aplicável o § 5º do art. 40 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e ainda abrangendo ele o pessoal dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, é de se deferir às requerentes o benefício da pensão nele consignada, estendendo tal concessão, de logo e por igual, a todas as viúvas e filhos menores dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Amazonas”.

Tratando-se, como se observa, de norma constitucional auto-aplicável, como o é, na espécie, o art. 40, § 5º, da Constituição Federal de 1988, que deter-

mina o pagamento da pensão correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, percebendo menos que desembargador e secretário de Estado, e tendo se esgotado o semestre da revisão e atualização das pensões de que cuida o art. 20 do ADCT, impõe-se a procedência da ação.

Portais fundamentos, nega-se provimento ao apelo para ser mantida, em sua inteireza, a decisão recorrida.

Salvador, 23 de janeiro de 1993.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

ACÇÃO POSSESSÓRIA. INTERDITO PROIBITÓRIO.

Se, no curso da ação, efetivar-se a receada turbacão ou o receado esbulho, o juiz poderá determinar a expedição do mandado de manutenção ou de reintegração. Aplicação das regras previstas para a manutenção e a reintegração de posse (art. 933). Provimento do recurso. Ap. Cív. 17.800-1/94. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 17.800-1/94, da Capital, sendo apelante Agnaldo Câmara Urpia e apelado o Município de Salvador.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do egrégio Tribunal deste estado, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em dar provimento ao recurso para determinar que os autos sejam remetidos ao juízo do primeiro grau, a fim de decidir sobre o mérito da questão.

Integra o presente o relatório de fls.

A sentença de primeira instância julgou extinta a ação de interdito proibitório, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em face de considerar haver desaparecido o objeto da ação, pois o bem deveria ser expropriado regularmente, tendo isso acontecido de forma indireta, ensejando, tão-só, a indenização e que, apesar de o egrégio Tribunal ter denegado a segurança, mantido a decisão liminar do juízo do primeiro grau, não é possível mais a reversão do bem, porque a obra fora totalmente concluída.

Ora, é princípio processual que a apelação devolve ao juízo *ad quem* o conhecimento da causa decidida em primeiro grau. No entanto, se a sentença de primeira instância não julgou o mérito da causa, o Tribunal não poderá fazê-lo, sob pena de suprimir uma instância.

Segundo lição de Theotônio Negrão, em seu *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*:

"Se julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, o Tribunal não poderá julgar este, embora possa alterar a fundamentação da sentença ou dar aos fatos diversa definição jurídica, contanto que não pronuncie julgamento de mérito" (19. ed., RI, São Paulo, 1989, p. 275).

Em face do exposto, encontra-se afastada a hipótese da extinção do processo nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, apontado, porquanto não há de se falar, aqui, em impossibilidade jurídica do pedido. *In casu*, existiu, desde a inicial, o interesse processual, condição de ação com direito a prolação de uma sentença de mérito.

Ensina Enrico Tullio Liebman que:

"Interesse processual, ou interesse de agir, existe quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa" (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 125).

Na hipótese figurada nos autos, o autor propôs ação de interdito proibitório contra o município de Salvador e a Fundação José Silveira, para obter o impedimento de se concretizar o esbulho da posse e dano de sua propriedade. Acontece que, no curso da ação, o esbulho se concretizou, caracterizando, agora, ação de reintegração ou manutenção de posse.

A juíza *a qua*, por este motivo, julgou o processo sem objeto, extinguindo-o pela superveniente falta de interesse processual.

Analizando-se a alteração da causa de pedir, e se houve esbulho caracterizado por ação de um dos réus, admitido na sentença e em razões pela própria ré, Prefeitura Municipal de Salvador, o autor tem direito à ação de reintegração.

No caso dos autos, a sentença não afirmou a posse de má fé do apelante, mas reconheceu o esbulho e, portanto, com direito a usar dos interditos contra terceiro que perturbe a posse. Logo, o processo pode e deve ser aproveitado, pois a ação postulada contém todos os pressupostos para a petição.

"Assim, se no curso da ação se efetivou a receada turbação ou o receado esbulho, o juiz poderá determinar a expedição de mandado de manutenção ou de reintegração, na forma do art. 933 do Código de Processo Civil. Neste artigo, o Código determina a aplicação ao

interdito proibitório das regras previstas para a manutenção e a reintegração de posse.

Converte-se, assim, uma ação em outra, automaticamente, simplesmente pela ciência de que a ameaça não mais se vê, desde que foi realmente executada" (DePlácido e Silva, em *Coment. ao C. de Proc. Civil*, 4. ed., 1956, v.3, p.122).

Destarte, no interdito proibitório, segundo o art. 933 citado, cabe medida liminar, com ou sem justificação prévia, e, no mais, o procedimento ordinário.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso, determinando que os autos sejam remetidos ao juízo do primeiro grau, a fim de que o mesmo decida sobre o mérito da questão.

Salvador, 30 de agosto de 1995.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICM. CRÉDITO EXCEDENTE PAGO EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO (PERNAMBUCO).

"A saída de mercadorias de estabelecimento comercial e industrial ou produtor" é fato gerador do ICM (Dec. - lei 406/68 — art. 1º, I; CT do Estado da Bahia no art. 3º, I; Decreto 28.593, de 30.12.81 — art. 1º, I (regulamento do ICM). Improvimento do recurso.

Ap. Civ. 647/87. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 647/87, de

Juazeiro, sendo apelante Indústrias de Conservas Alimentícias Cicanorte S/A e apelada a Fazenda Pública Estadual da Bahia.

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

Trata-se de apelação interposta contra *decisum* que julgou improcedentes embargos do devedor do direito de crédito do valor presumido do ICM que a apelante usou indevidamente, porquanto, como asseverou o douto juiz *a quo*, adquiriu produto agropecuário (tomate) a produtora no Estado de Pernambuco, para industrializá-lo na sua fábrica, na cidade de Juazeiro, estado da Bahia.

Preliminarmente, mister se faz manifestarmos sobre o pedido de apreciação dos agravos retidos indicados pela ora apelada.

Ocorre, entretanto, que, como se observa às fls. 65 da ação de execução e 179 dos embargos, inexistem, em ambos os processos, fundamentação ou apresentação das razões do agravante, tendo este se restringido, tão-somente, a indicar o *decisum* alvejado, requerendo a sua apreciação como agravo retido, em preliminar de apelação.

Destarte, esclareça-se que a falta de razões do pedido, objeto do recurso, enseja o não-conhecimento deste, uma vez que o art. 523, II, que exige para o agravo de instrumento as razões do pedido de reforma da decisão, é extensivo ao agravo retido. Nesse sentido, vêm decidindo os tribunais.

"Não se conhece do agravo retido se, no prazo de sua interposição, não foram manifestadas, ainda que sucinta-

mente, as razões do pedido de reforma da decisão" (STJ, 4ª Turma, REsp. 6.377-SP, rel.-min. Barros Monteiro, j. 28.05.91, negaram provimento, v.u. DJU 1.791, p. 9.200, 2ª col., em.) (in Theotônio Negrão, *Comentários ao CPC*, 22. ed., p. 348).

Assim, em face do exposto, não se conhece dos agravos retidos, por inexistência de razões que os fundamentem.

Adentrando-se no mérito da *quaestio*, infere-se que, quando a apelante adquiriu a matéria-prima, realizou uma operação comercial por um preço e pagou o Imposto de Circulação de Mercadorias (ICM), com base na pauta fiscal, por um preço mais elevado do que as ditas mercadorias, tudo de acordo com a Receita estadual de Pernambuco, portarias e documentos (docs. de fls. 83/88).

Na sistemática das leis existentes no estado da Bahia, citadas pelo douto juiz, "que a base de cálculo do ICM é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria".

Constitucionalmente, o art. 23 da Constituição Federal anterior (69) consignava que os estados podiam instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias, tributos esses que não seriam cumulativos e dos quais se abateria, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro estado.

No estado da Bahia, onde o tomate foi industrializado, o ICM foi repassado ao contribuinte de fato, conforme se vê da escrituração dos livros da apelante.

O *decisum* censurado proclamou a legitimidade da incidência do ICM

não cumulativo, a teor do Decreto-lei federal 406/68, que repete o estabelecido no art. 23, II, como se descreveu acima, e entendeu que, no caso *sub judice*, o procedimento administrativo, em observância às leis estaduais, obedeceu ao princípio constitucional do abatimento do imposto cobrado na operação anterior em excesso. Portanto, vê-se que não ocorreu a cumulação vedada pela Constituição.

O valor em excesso do ICM pago no estado de Pernambuco, e de que a apelante se creditou, integrou o valor da venda do produto industrializado repassado ao contribuinte de fato.

Mas, se houve o pagamento do ICM em excesso no estado de Pernambuco e a apelante usou do creditamento que excedeu, o custo real da matéria-prima (tomate) seria o constante da nota de entrada, menos o valor do excesso que se creditou. Na verdade, o valor do ICM foi repassado ao preço de custo industrial e, por via de consequência, ao contribuinte de fato.

O art. 63, XX, do Decreto 28.956/81 é de uma clareza ímpar e não deixa qualquer dúvida do que se apurou no estado da Bahia, na ocasião do processo administrativo. O estado da Bahia nada tem a ver com "excesso de recolhimento de impostos" em outro estado, pois aqui não existe pauta de valores para produtos como o tomate.

Posta a questão nesses termos, nenhum direito tem a apelante com relação ao crédito do excesso do ICM pago no estado de Pernambuco, pelo que se nega provimento ao apelo, para manter a sentença *a quo* em sua integridade.

Quanto ao pedido de cancelamento da penhora no Registro de Imóveis,

defiro-o, não só porque o juiz *a quo* admitiu a substituição do bem penhorado por aqueles indicados nas notas fiscais emitidas pela empresa Fertilla — Comércio Agropecuário Ltda. — senão, também, pelo fato de o agravo de instrumento interposto contra esta decisão singular não conferir efeito suspensivo à mesma.

Salvador, 18 de novembro de 1993.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CORREÇÃO DE CÁLCULOS. RECURSO IMPROVIDO.

Não há se falar em nulidade de planilha de cálculos da credora, quando esta adota, como seus, os cálculos do perito, elaborados anteriormente à vigência da Lei 8.898/94. No cálculo da dívida, a correção monetária há que incidir a partir do momento determinado pela sentença transitada em julgado, sendo lícita a incidência do IPC como fator de correção entre janeiro de 1989 e fevereiro de 1991, bem como os juros de meio por cento ao mês e honorários de perito, que apresentou trabalho antes do advento das novas regras processuais.

Ap. Cív. 21.733-4/95. Relator:
Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 21.733-4/95, de

Dias D'Ávila, em que é apelante Caraíbas Metais S/A e apelada Proende — Projetos de Engenharia Básica e Detalhamento Ltda.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, integrantes da Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao apelo para manter a sentença recorrida, incorporando ao presente o relatório de fls.

Cuidam-se de embargos à execução de sentença em que a embargante, ora apelante, argúi uma série de nulidades da execução e impugna a planilha de cálculos apresentada pela credora à embargada.

Na verdade, os embargos revelam-se meramente protelatórios e inconsistentes. Vejamos.

Diz a embargante que a execução não seguiu a regra instituída pelo art. 604 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe deu a Lei 8.898, de 29 de junho de 1994, uma vez que o juiz baseou-se em cálculo do perito, figura estranha ao processo.

Sucede, no entanto, que a liquidação iniciou-se antes da vigência da lei que estabeleceu uma *vocatio legis* de 60 dias após sua sanção.

Nessa altura, já havia sido nomeado perito e apresentados os cálculos.

Intimada a exeqüente a adequar o processo às novas regras processuais, esta cumpriu o despacho e adotou como seus os cálculos do perito.

A partir desse momento, não há mais que se falar em cálculos de perito. Os cálculos são da exeqüente credora, pouco importando quem os fez.

Tendo-se como da credora os cálculos, cumpriu-se a regra do art. 604 do Código de Processo Civil, com a

nova redação da Lei 8.898/94, adequando-se, plenamente, a execução.

Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade.

Igualmente, rejeita a preliminar de falta de nulidade de citação, porquanto a petição de fls. 381 e 382 contém, exatamente, tal pedido, não havendo se falar em cerceamento de defesa. Tanto não houve dito cerceamento que a apelante embargou a execução.

Os mesmos argumentos aqui expostos servem para rechaçar a arguição de nulidade de citação, por ter sido concretizada na pessoa do advogado da empresa e não na pessoa do seu representante legal, uma vez que, embargada a execução, suprido está o possível vício, *ex vi* do art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil.

Quanto à preliminar de nulidade por falta de intimação dos cálculos, a mesma revela-se de má fé, não só pelas regras atuais do art. 604 do Código de Processo Civil, como pelo fato de a própria embargante pugnar pela sua observância com as modificações da Lei 8.898/94.

É que o art. 604 do Código de Processo Civil manda que a execução se processe na forma dos arts. 652 e seguintes, e o art. 652 determina a citação para pagar no prazo de 24 horas ou nomear bens à penhora, que foi feito.

Se é assim, não há se falar em intimação de cálculos, daí por que se rejeita a preliminar.

Quanto à nulidade de nomeação do perito, argüida no apelo, a mesma não faz sentido, porque, como foi dito à época, a liquidação de sentença desse modo poderia ser realizada.

No mérito, impugna a apelante os

cálculos, apresentando, na fl. 10, uma planilha e, com a apelação, outra planilha (fl. 39), sendo que esta afirma ser dos auditores independentes Deloitte Touche Tohmatsu, embora sem a assinatura dos mesmos. De qualquer forma, é planilha da apelante.

O que importa salientar é que todos os cálculos da apelante são contraditórios. Nos de fl. 10, pretende que a dívida total seja de R\$ 41.928,41, e no de fl. 39, pretende que a mesma seja de R\$ 44.925,86, isto para fevereiro de 1995, enquanto na fl. 370 dos autos principais, em 15 de agosto de 1994, seis meses antes, dizia que sua dívida era de R\$ 49.093,28, apresentando-se, de lá para cá, deflacionada, em total desacordo com a realidade econômica do País, que ainda sofre os efeitos da inflação, embora menores.

Com essas contradições, totalmente fora da lógica financeira, a planilha da embargante não merece credibilidade alguma.

Também não cabe o pedido da embargante, ora apelante, de que a correção monetária deva ser calculada a partir da data do fornecimento de serviço por contrariar a coisa julgada material, uma vez que o acórdão determinou que a correção fosse feita a partir do vencimento dos títulos.

Quanto à duplicidade de índice de atualização, a mesma revelou-se necessária, tendo em vista que, entre janeiro de 1989 e fevereiro de 1991, por não haver correção monetária prevista, os tribunais pacificaram a matéria, determinando a atualização com base no IPC.

É que, nesse período, em que o País viveu mais um dos seus planos econômicos, que pretendia afastar a

inflação, o BTN foi extinto, mas, como a inflação continuava a existir em percentuais elevados, a jurisprudência dos tribunais optou por aplicar o IPC como fator de atualização monetária.

Ressalte-se que, ao longo da sua existência, o IPC tem-se revelado, muitas vezes, bastante tímido em relação a outros índices, sendo sua utilização, na verdade, favorável aos devedores, considerando-se o fato de que atualização monetária não é acréscimo de dívida.

Quanto aos juros de mora, os mesmos foram fixados em meio por cento ao mês, que é o mesmo da poupança e metade do estabelecido pela Constituição, revelando-se, pois, bem razoável à devedora, embargante-apelante.

De referência à condenação no pagamento de honorários de perito, os fundamentos acima expostos justificam-na. O perito foi nomeado antes da reforma do Código de Processo Civil, realizou um trabalho e por ele deve ser remunerado. O fato de seus cálculos terem se transformado em cálculos da credora, em face da adequação das novas regras processuais, não afasta o direito de ser ressarcido pelo trabalho realizado, quando as regras eram outras.

Isto posto, nega-se provimento ao apelo, para manter a sentença recorrida por estes e seus próprios fundamentos.

Salvador, 6 de setembro de 1995.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA.

Criação de nova comarca autorizando, antes, determinando

a remessa dos autos pendentes relativos à nova jurisdição ao juízo responsável por esta. Exceção ao princípio da perpetuatio iurisdictionis. Recurso improvido.

Agr. de Inst. 11.540-6/93. Relator: Des. MÁRIO ALBIANI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 11.540-6/93, de Anagé, em que figuram como agravante Viação Novo Horizonte Ltda. e como agravada Junádia Saraiva Luz.

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

O presente agravo é interposto contra decisão singular que deixou de acolher exceção de incompetência oposta pelo ora agravante. Este defende, em sua minuta, o foro da comarca de Vitória da Conquista para abrigar o processo, sustentando a inexistência da figura da prorrogação de competência, não só pelo fato de circunstância alguma autorizar essa mudança, senão, também, em face da impossibilidade de declaração *ex officio* da incompetência relativa. Propugna, ainda, pela aplicação, na espécie, da regra geral do domicílio do réu como foro para o ajuizamento da ação. Arremata, pleiteando o provimento do agravo, com o escopo de declarar a incompetência do juízo da comarca de Anagé.

A agravada, em contraminuta, refuta as alegações do recorrente, salientando, em síntese, a prevalência da regra especial sobre a geral, aquela

prevendo a competência do foro do domicílio do autor ou do local do fato. Aduz, ainda, que, com a criação da comarca de Anagé, os juízes de Vitória da Conquista perderam a jurisdição sobre aquele município. Conclui, pugnando pelo improvimento do agravo.

Subiram os autos a esta Terceira Câmara Cível, cabendo-me, mediante sorteio, o *munus* de relator.

É o relatório.

A situação tipificada nos autos cinge-se à determinação da competência territorial do juízo onde se processará a ação de reparação de danos por acidente de veículo proposta, originariamente, na comarca de Vitória da Conquista.

A decisão do juiz da Vara Cível da referida comarca, declinando da sua competência em favor do juízo de Anagé, provocou a oposição da exceção de incompetência desse juízo, por parte do réu da aludida ação de reparação. Ora, não há que falar-se em conflito de competência, quer seja positivo, quer negativo, pois, enquanto um juiz declina da sua competência, o outro a admite, demonstrando a comunhão de posicionamentos.

Realmente, o que sucedeu não foi prorrogação de competência, como bem salienta o agravante, mas, modificação de competência por força da criação de nova comarca, em face da perda da jurisdição sofrida pela comarca de Vitória da Conquista, que teve seu raio de abrangência diminuído. Assim, se a supressão do órgão judiciário é fator determinante para a modificação da competência, analogicamente, a criação de nova sede judiciária autoriza ou, ainda, obriga a mesma modificação.

A *questatio sub iudice* traduz-se, pois, em uma exceção ao princípio da *perpetuatio iurisdictionis*, que prevê a inalterabilidade da competência, que, uma vez firmada, deve prevalecer por todo o curso do processo. Contudo, na hipótese de subdivisão da circunscrição territorial do juízo, através da criação de nova comarca em município anteriormente pertencente à jurisdição daquele juízo, os processos pendentes, concernentes à nova comarca, para ela devem ser enviados.

Traz-se à colação, nesse sentido, jurisprudência uníssona dos tribunais:

“Criada e instalada nova comarca, ao juízo desta devem ser remetidos os autos pendentes que digam respeito a questões de pessoas ali residentes e de coisas ali situadas, as quais estão sob a competência territorial do novo juízo, inaplicável aqui o princípio da *perpetuatio iurisdictionis*. A vigência imediata da norma processual de competência só sofre restrições em se tratando de processo onde foi proferida sentença, posto que a lei nova tem efeito imediato, mas não retroativo” (TJ-PR, Confl. Comp. 3/87, rel.-des. Oto Sponholz, ac. de 19.03.87, in *COAD — ADV, Bol. 23/87*, n. 33.449, p. 366), in Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 165.

Assim, embora a competência territorial seja relativa, o juiz pode declarar *ex officio* a sua incompetência neste caso, uma vez que aquele perde não só a sua incompetência, mas, também, a jurisdição, pois, como ensinam os mestres processualistas, “a competência é a medida da jurisdição” e, sem esta, inexistente aquela.

Portanto, de acordo com o art. 100, parágrafo único do Código de Pro-

Portanto, de acordo com o art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nas ações de reparação de dano por acidentes de veículos, o foro competente será o do domicílio do autor ou do local do fato, o que aponta o juízo de Anagé como competente para processar o feito. Esclareça-se, ainda, que a regra especial desse artigo prevalece sobre a norma geral do art. 94 do mesmo diploma legal.

Por conseguinte, em harmonia com as razões acima expendidas, nega-se provimento ao recurso, para manter-se, na íntegra, o *decisum* atacado.

Salvador, 20 de abril de 1994.
Mário Albiani — Presidente e Relator.

GRATUIDADE. ASSUNÇÃO DAS DESPESAS PELO AGRAVANTE.

Concessão do benefício da gratuidade ao réu-agravado. Pedido formulado nos autos pelo autor-agravante assumindo todas as despesas do processo, resultantes da aplicação da pena da sucumbência. Desnecessidade do encaminhamento dos autos a uma das varas de assistência, devendo correr o feito por onde teve início, ou seja, vara cível. Provimento do agravo.

Agr. de Inst. 5.744-7. Relator: Des. JUSTINO TELLES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento

5.744-7, da Capital, em que é agravante Nadison Silva de Oliveira e agravado Jair Albino dos Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível, à unanimidade, em dar provimento ao agravo pelas razões constantes do voto do seu relator.

Voto

Entendo, como bem acentuou o agravante, que não envolve questão de competência a matéria em exame, pois ambos os magistrados, seja o da vara cível seja o de uma das varas de assistência judiciária da Capital, têm a mesma competência material e territorial. Ademais, o próprio agravante responsabilizou-se pelo pagamento das despesas processuais e da verba honorária quando da aplicação da pena de sucumbência. O próprio agravado-locatário não contestou a ação.

Nestas condições, o despacho recorrido proporciona o retardamento do feito, com visível prejuízo para o autor-agravante, sem prejudicar o réu, que, com o pretexto de ver o processo deslocado para uma das varas de assistência judiciária que o isentaria das consequências da aplicação da pena da sucumbência, já dispensada, antecipadamente, pelo agravante, alcançaria o objetivo de procrastinação do feito.

Por tais razões, o meu voto é no sentido de dar provimento ao agravo, cassando o despacho agravado.

Salvador, 30 de março de 1993.
Mário Albiani — Presidente. Justino Telles — Relator.

AÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

Ocorrido o lançamento (art. 142, CTN) e notificado o sujeito passivo tributário, começa a fluir o prazo prescricional para ação de cobrança deste crédito. A interposição de impugnação pelo sujeito passivo tributário — na hipótese, o ajuizamento de recurso ao Conselho da Fazenda Estadual, em 7 de julho de 1976 — interrompeu a prescrição, donde decorre que o prazo de cinco anos, fixado em lei, para a cobrança de crédito tributário, recomeçou o seu curso naquela data, consumando-se em 7 de julho de 1981. Tendo o julgamento do recurso interposto se dado em 27 de dezembro de 1982, portanto, em data posterior à data-limite, operou-se a prescrição do crédito tributário em questão. Apelo improvido.

Ap. Civ. 694-2. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 694-2, da comarca de Itapetinga, tendo como apelante a Fazenda Pública Estadual e apelada Melo & Lima Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem discrepância de votos, fazendo integrar a este o relatório de fls. 92 a 93, em negar provimento ao recurso, e o fazem pelas seguintes razões:

Fulcra-se o apelo em tormentosa questão de direito tributário, discutida

intensamente em doutrina e jurisprudência, na qual há verificação da existência, limites e contornos dos institutos de prescrição e de decadência em direito tributário.

O Código Tributário Nacional, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, diz extinguirem o crédito tributário, além de outras causas, a prescrição e a decadência; no art. 173, que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após (cinco anos); "...; no art. 174, que a ação de cobrança de crédito tributário prescreve em cinco anos...", mencionando no seu parágrafo único os casos de interrupção da prescrição. Antes, o art. 151, que suspende a exigibilidade do crédito tributário... "as reclamações e os recursos, nos termos das lei reguladoras do processo tributário administrativo". Ainda sobre a questão agitada nestes autos, haver-se-ia de examinar a problemática do lançamento tributário — sua exata natureza, o momento de sua perfeição, seus efeitos, etc. Todos estes são problemas em torno dos quais não encontrou os pontos de harmonia a doutrina, com naturais reflexos na jurisprudência.

Em termos genéricos, é certo afirmar existir o fato gerador do tributo — fato jurídico tributário —, origem ou matriz da obrigação tributária. Para referi-la a um sujeito passivo, fixar um objeto, determinar sua base de cálculo, sobre a qual será aplicada uma alíquota, faz a autoridade administrativa o lançamento, definido pelo próprio Código Tributário Nacional, art. 142,

"o procedimento administrativo tendente à verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante

do tributo devido, identificar o sujeito passivo, e, sendo o caso, propor a aplicação da medida cabível”.

Da ocorrência do fato gerador ao lançamento perfeito e acabado, tem curso o prazo decadencial; a partir do lançamento consumado, corre o prazo prescricional para a ação de cobrança do crédito tributário.

O lançamento, até mesmo pela sua importância fática e jurídica, é instituto intensamente discutido no direito tributário. É ato constitutivo ou meramente declaratório de direito? É ato jurídico administrativo, ou é um procedimento administrativo? Quando está ele perfeito e acabado? Todos estes aspectos influem na fixação do *dies a quo* do prazo de prescrição, como no *dies ad quem* do prazo de decadência.

Parece-nos coerente o entendimento de que, se temos no lançamento um ato jurídico administrativo, ele se torna perfeito e acabado, logo dele seja notificado o sujeito passivo tributário — aquele a quem o lançamento é dirigido; se o temos como um procedimento, sua perfeição dar-se-á quando concluído o procedimento, mediante julgamento final da autoridade competente e a notificação ao contribuinte.

É certo que o Código Tributário Nacional, em seu art. 142, definiu como lançamento “... o procedimento administrativo...”. Nessa linha situa-se toda doutrina e jurisprudência invocadas pela Fazenda Pública apelante. Veja-se o acórdão do excelso Supremo Tribunal Federal, cuja ementa está transcrita em caixa alta, nas razões de apelo, fl. 74 dos autos:

“Crédito tributário. A Constituição definitiva não se dá com a inscrição, mas com o lançamento. Não basta, entretanto, o lançamento, pois, sendo ele susce-

tível de impugnação pelo sujeito passivo, o crédito a que o lançamento se refere não é definitivo antes de julgada a impugnação, se esta tiver sido oferecida no prazo legal”.

Linha divergente foi a seguida pela egrégia Segunda Câmara Cível deste colendo Tribunal de Justiça, em acórdão invocado na primeira sentença (anulada por defeito de norma), pensamento acolhido na sentença recorrida e avalizado nas razões da apelada, assim ementado:

“Crédito tributário constitui-se, definitivamente, na data em que o contribuinte toma conhecimento do lançamento. Modificação do valor da dívida, no Conselho de Fazenda, não significa que o crédito somente se constitui em definitivo na data da respectiva resolução. Débito relativo aos exercícios de 67, 68 e 69. Se o crédito somente se constituísse, em definitivo, a partir da Resolução de 11 de fevereiro de 1976, nessa data estaria consumada a decadência. Estabelecendo o CTN prazo prescricional de cinco anos. Está prescrita a ação ajuizada mais de sete anos depois de lavrado auto de infração e de sua intimação ao devedor. Quando definitivamente constituído o crédito tributário” (ver fl. 50 dos autos).

Em seu *Curso de Direito Tributário*, 6. ed., 1993, Paulo de Barros Carvalho, após veemente crítica à doutrina nacional pela pouca importância dada ao aspecto da categorização jurídica do lançamento — se ato jurídico administrativo ou procedimento —, preocupando-se quase que só no seu exame, ato declaratório ou constitutivo de direito, fez estas judiciosas observações:

“Não tivesse havido tanta hesitação a propósito do lançamento (ato ou

procedimento), e as investigações científicas sobre esse ente do direito positivo teriam experimentado, há muito, um grande progresso... a visualização jurídica do lançamento como ato administrativo abre perspectivas riquíssimas à pesquisa do assunto, possibilitando um admirável mergulho nas profundezas do instituto onde o cientista descobrirá as soluções das intermináveis testilhas acadêmicas que vêm afligindo os tributaristas nacionais, impotentes diante da necessidade de narrar efeitos práticos que o lançamento produz" (*op. cit.*, p. 258/259).

Há, por outro lado, quem, embora adotando o pensamento de ser o lançamento um ato e não um processo, estando ele perfeito e acabado no instante em que se consume a notificação ao sujeito passivo, o prazo prescricional não teria curso, se houver impugnação por parte do sujeito passivo tributário, uma vez que, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional,

"suspendem a exigibilidade do crédito tributário... III, as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo".

Ocorrendo reclamações ou recursos (defesa administrativa do contribuinte), estaria suspenso o curso da prescrição.

Explicita o mesmo Paulo Machado de Carvalho:

"Suspensão no curso do prazo prescricional não é a mesma coisa que suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Frequentemente, deparamos com a confusão das duas realidades jurídicas nas obras dos bons autores. Para que se suspenda o lapso de tempo que leva à prescrição, é imperativo lógico

que ele se tenha iniciado, e, nem sempre que ocorre a sustação da exigibilidade, o tempo prescricional já terá começado" (*op. cit.*, p. 315).

Ocorrem, porém, em realidade, causas de suspensão e/ou de interrupção de prescrição, que são aquelas e somente aquelas taxativamente enumeradas na lei. E a inexigibilidade do direito, a suspensão do exercício da pretensão não é, por si só, a causa de suspensão ou interrupção da prescrição.

Não havendo o Código Tributário Nacional mencionado as causas de suspensão da prescrição tributária, temos que são elas as constantes do art. 168/171 do Código Civil, disposições que traduzem princípios gerais de direito positivo brasileiro, aplicáveis a quaisquer ramos de direito, à falta de normas específicas.

Assim, se temos que o lançamento é ato jurídico administrativo; se está ele perfeito e acabado, a partir do momento em que se consumou a notificação do contribuinte, neste instante tem início o fluxo do prazo prescricional; se as causas de suspensão da prescrição são as taxativamente enumeradas na lei — a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, com o procedimento administrativo, destinado ao seu acerto final, não seria causa suspensiva do prazo prescricional, mas sim interruptiva, a teor do disposto no art. 174, IV, parágrafo único do Código Tributário Nacional:

"A prescrição se interrompe:...

IV — por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor".

Interrompida a prescrição, novo prazo teria início, mesmo com processo

administrativo em curso. Afinal, pacífico em doutrina e jurisprudência, acolhe o direito brasileiro a prescrição intercorrente (CC, art. 173). Émenta da Súmula do excelso Supremo Tribunal Federal 150,

“prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”.

Ora, se assim é no processo judicial, diferentemente não poderá nem deverá ser no processo administrativo, fiscal ou outro. Salientado com muita propriedade na primeira decisão, pensamento acolhido inteiramente na sentença sob recurso.

“Evidentemente que o contribuinte não poderá permanecer numa situação incômoda, após a instauração contra si de um processo administrativo, onde não pode controlar essa fase do processo, restando-lhe, apenas, cruzar os braços e esperar a vontade de seus julgadores, que ao mesmo tempo são seus credores, ano após ano, e, no final, ter a sua condenação exacerbada em juros, multas e correções incidentes” (autos p. 50).

No caso, comprovado está, interposto recurso ao Conselho da Fazenda Estadual, em 7 de julho de 1976, somente veio julgá-lo aquele conselho em 27 de dezembro de 1982, seis anos e cinco meses decorridos (autos fls. 13 a 19). Às claras, entendemos fora da data da interposição do recurso interrompida a prescrição, de imediato recommençado o seu curso, cinco anos que se completaram em 7 de julho de 1981. Prescrito, pois, está o crédito tributário em causa.

Por tais motivos, nego provimento à apelação, confirmando a decisão recorrida.

Salvador, 30 de agosto de 1995.
Paulo Furtado — Presidente. Ayrton Freitas — Relator.

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

*A autora apelada mantinha com a apelante contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil do transportador rodoviário. Ocorrido o sinistro, reclamou a composição dos danos materiais sofridos. A espécie contratual prevê a interdependência de obrigações das partes: obriga-se o segurado a pagar o prêmio. A obrigação do segurado precede a do segurador, com o que este, na hipótese de inadimplemento do segurado, é sempre lícito invocar a **exceptio non adimpleti contractus**. Apelo provido.*

Ap. Civ. 15.847-6. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 15.847-6, da Capital, em que são partes, como apelante, a Companhia de Seguros da Bahia e, como apelada, Fonte Limpa — Transportes, Comércio e Representações Ltda.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, sem discrepância de votos, fazendo integrar a este o relatório de fls. 130 a 133, em dar provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida e o fazem pelos motivos seguintes:

Conforme relatado, revelam os autos, ajustaram apelante e apelada contrato de seguro, modalidade especial de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil do Transporte Rodoviário. Ocorreu sinistro com a coisa segurada (carga transportada). Exigiu a apelada a indenização, mas houve recusa da apelante em

satisfazê-la, com o argumento de que se tornara ela inadimplente em relação ao contrato de seguro, deixando de pagar prêmios e sonegando informações para cálculo e cobrança de valores, nos termos das Condições Gerais da Apólice e legislação vigente, realçando, também, tratar-se de modalidade especial de seguro.

Não discutiram os litigantes a efetividade da contratação, a ocorrência do sinistro e o valor da perda — indenização. A apólice — prova escrita do contrato de seguro — encontra-se à fl. 5 dos autos. É do tipo aberta ou de averbação — “... consignam um ‘valor máximo determinado, para serem utilizadas por meio de averbação ou por declarações periódicas, mediante condições e normas aprovadas pelo SUSEP’ (Decreto 60.459, de 13.03.67, art. 40)” (in Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, 9. ed., Forense, 1988, p. 429). Por isso, na hipótese, toda discussão em torno do envio ou não de Relação Mensal de Documentos — RMDs, declaração periódica a cargo da seguradora — a apelada —, em averbação de declaração periódica a cargo da seguradora — a apelada —, em averbação de apólice e ante a qual calculava a seguradora — a apelante — o prêmio de seguro devido no mês. Integram a apólice as Condições Gerais que lhe são anexas, impressas, estipuladas segundo orientação do Conselho Nacional de Seguros Privados (Resolução CNSP 32, de 13.12.78, fls. 25 e seguintes dos autos).

Nessas Condições Gerais, ajustada ficou a obrigação de a seguradora entregar à seguradora, mensalmente, até o quinto dia útil de cada mês, a RMD, referente ao mês anterior, a qual serviria também de base de cálculo do prêmio

complementar devido em cada mês de referência; a isenção de responsabilidade da seguradora, em caso de transgressão dos prazos, de não-cumprimento de obrigações contratuais, da prática de fraude ou falsidade, que tenha influído nas condições de seguro ou que implique sonegação de prêmios, por parte da seguradora.

Na contestação, como na apelação, insistiu a apelante-seguradora haver a apelada-seguradora inadimplido o contrato, deixando de entregar nos prazos as RMDs, sonegando volumosas averbações, conforme apurado por firma especializada, juntando laudo da Assistec — Assistência Técnica de Seguros Ltda. — o que a desonera do pagamento da indenização, nos termos da lei e do contrato.

É notável que, na inicial, a apelada-autora tenha-se referido a irregularidades no cumprimento do contrato, acrescentando que tais irregularidades teriam sido superadas, desde quando a apelada-ré emitia e recebeu o prêmio de seguro relativo às averbações, entregues em janeiro de 1981. E, impugnando a contestação, argüiu que apresentou todos os manifestos referentes ao mês de dezembro de 1980 — o da ocorrência do sinistro — e que as irregularidades nas averbações hão de prender-se ao mês do sinistro.

A prova pericial realizada não encontrou livros fiscais (ISTR — Imposto Sobre Transportes Rodoviários) e de contabilidade da seguradora, informando que foram roubados no carro do contador — mas, não existindo nos autos qualquer prova outra desse extravio.

O doutor juiz fundamentou seu decisório em três pontos essenciais: a) se houve inadimplemento, o correto se-

ria a quebra ou a imediata resolução do contrato; b) o laudo pericial não constatou sonegação de cargas; c) a RMD do mês em que ocorreu o sinistro, dezembro, foi apresentada no prazo e seu processamento foi regular.

Dessumem-se dos autos, porém, a fraqueza e a falibilidade da prova pericial realizada, uma vez que elaborado foi o laudo à luz de documentos exibidos pela apelada-segurada, com a desculpa de furto dos livros de sua Contabilidade Fiscal e Mercantil — alegação de nenhum modo demonstrada. E essa prova choca-se com a manifestação da empresa especializada, a Assistec, em sua análise do problema, laudo de fls. 29 a 32. Por outro lado, a própria autora-apelada, em suas manifestações, admitiu a existência de irregularidades no contrato, não só apresentando as RMDs de outubro, novembro e dezembro de 1980, em 5 de janeiro de 1981 — documentos, fls. 33 a 35 —, como na sua insistência de regularidade no mês de dezembro, aquele em que ocorreu o acidente, causa imediata do sinistro.

Tem razão a apelante quando refuta a afirmativa da sentença, de que, se inadimplemento houve, o correto seria a quebra ou resolução do contrato. Nem a lei, nem o contrato, a isto a obriga. O que se obriga encontra firmado contratualmente, Condições Gerais, cláusula 11ª, letra a, é a isenção da responsabilidade da seguradora, em face do inadimplemento contratual — o que se adequa perfeitamente ao disposto no art. 1.444 do Código Civil:

“Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o

direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”.

Acresce-se que, também, quando da ocorrência do sinistro, estava em mora, situação de inadimplemento do contrato, a apelada-segurada — a RMD de novembro, e base para cálculo do prêmio complementar de dezembro, não tinha sido entregue; nem a de outubro, que era base para novembro, conforme documentos de fls. 33/34.

Por tais motivos, considerando que, quando da ocorrência do sinistro, estava a segurada em situação de inadimplência contratual com a seguradora; que houvera ela transgredido prazos de entrega das RMDs e não-pagamento de prêmios; que, no curso do contrato, adotara conduta de que ocorreu a sonegação de prêmios devidos, entendemos desonerada a apelante da responsabilidade pela indenização objeto da presente ação, dando provimento ao apelo, para reformar a sentença sob recurso e julgar improcedente a ação, condenada a apelada nas custas do processo e honorários de advogado, que fixamos em 10% sobre o valor da causa, corrigido nos termos da lei.

Salvador, 30 de agosto de 1995. Paulo Furtado — Presidente. Ayrton Freitas — Relator.

AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. PROIBIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR DESENVOLVIDO POR PESSOA CONTRATADA E SUA RETIRADA DE CIRCULAÇÃO. LIMINAR CONCEDIDA. LIVRE AR-

BÍTRIO JUDICIAL PARA SUA CONCESSÃO.

*Em tese, toda liminar, em qualquer modalidade de ação que a comporte, envolve sempre um juízo provisório; não se exige prova plena e irretorquível para sua concessão; é fruto do largo arbítrio do juiz e somente pode ser cassada pela instância superior quando resulta de ato praticado contra a lei ou com abuso de poder. Inocorrência na espécie. Pressupostos presentes do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Decisão mantida. Recurso improvido.*

Agr. de Inst. 15.371-7. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 15.371-7, da comarca da Capital, tendo como agravante a Solution Ware — Consultoria e Representação Ltda. — e agravada a CST — Expansão Urbana S/A.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo, pelas razões seguintes:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Solution Ware — Consultoria e Representação Ltda. — contra decisão (por fotocópias às fls. 10 e verso), proferida pelo juiz de direito da 10ª Vara Cível e Comercial da Comarca desta Capital, que, nos autos da ação de preceito cominatório (processo 3.956.080), ali em curso e contra a mesma movida por CST — Expansão Urbana S/A

—, de plano, *inaudita altera pars*, com base no art. 39, § 4º, da Lei 7.646/87, concedeu liminar proibindo a comercialização do programa desenvolvido pela autora, ora agravante, para a ré, ora agravada, e determinando sua retirada de circulação.

Formado o instrumento com o traslado das peças indicadas (fls. 9/64, 66, 68/158), a agravada apresentou contramnuta (fls. 154/161).

Feito o preparo (fl. 163), o juiz *a quo* manteve a sua decisão (fl. 164).

É o relatório.

Em tese, toda liminar, em qualquer modalidade de ação que a comporte, envolve um juízo provisório, suscetível de revogação a qualquer tempo, de modo que para a sua concessão não se pode exigir prova plena e irretorquível e dispensa o exame aprofundado da matéria de alta indagação que repercute no próprio mérito da ação; é fruto do largo arbítrio do juiz e se insere no poder que a própria lei lhe confere e somente pode ser cassada pela superior instância quando resulta de ato praticado contra a lei ou com abuso de poder na livre apreciação da prova informativa (cf. RT 494/91; 498/107; 505/52; 552/162; 572/163; 572/223; 590/233; 596/224; 697/148). O que não é o caso dos autos. De fato.

Na espécie, o digno juiz *a quo*, ainda que sucintamente, motivou sua decisão, considerando que a prova documental produzida com a inicial ressumava a ocorrência dos pressupostos de aparência do bom direito (*fumus boni juris*) e de perigo da demora da prestação jurisdicional (*periculum in mora*), de modo a autorizar, como de fato

autorizou, a concessão da liminar pedida.

“A liminar dispensa fundamentação ampla, bastando a sucinta (RT 463/208), ou simples remissão aos fundamentos da inicial, cuja cópia acompanhará o mandado citatório” (cf. Galeno Lacerda, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1980, n.61).

Aliás, não foi esse o fundamento do agravo. O gravame, no entendimento da agravante, consistiu em ter sido a decisão “laborada em erro, por transversão da verdade fática...” (fl. 3).

Desse modo, tenho que o convencimento provisório do juiz *a quo*, manifestado aos autos e consubstanciado na decisão agravada (fls. 10 e verso), não merece ser alterado, uma vez que, como demonstrado, não esbarra na lei, não contém nenhuma ilegalidade e nem revela abuso de poder.

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

Salvador, 23 de agosto de 1995. Paulo Furtado — Presidente. Ayrton Freitas — Relator.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. INDEFERIMENTO PELO JUIZ A QUO. LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL.

A concessão ou não da liminar em ações possessórias envolve convencimento de seu prolator, é fruto do largo arbítrio do juiz a quem cabe aferir sua oportunidade, justificando, assim, que o mesmo seja menos exigente do que ao

examinar todo o material probatório com vista ao julgamento final. Inocorrência de nulidade e abuso de poder. Decisão mantida. Recurso improvido.

Agr. de Inst. 21.276-4. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento 21.276-4, da comarca de Amélia Rodrigues, tendo como agravante Luiz Salomão e agravado município de Amélia Rodrigues.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo, pelos motivos adiante expostos:

Cuida a espécie de agravo de instrumento interposto por Luiz Salomão contra decisão (por fotocópias à fl. 12), proferida pelo juiz de direito da comarca de Amélia Rodrigues, neste estado, que — nos autos da ação de reintegração de posse (processo 968/94), ali em curso, movida por ele contra o município daquela mesma localidade de Amélia Rodrigues — indefriu liminar que pedira a reintegração de posse, após levar a efeito justificação prévia.

Formado o instrumento com o traslado das peças indicadas (fls. 6/10, 12/13), o município agravado não indicou peças a serem trasladadas, nem respondeu, consoante certidão de fl. 23.

Feito o preparo (fls. 28/31), o juiz *a quo* manteve a sua decisão (fl. 23).

É o relatório.

A decisão não merece censura. Está ela fundamentada, embora sucintamen-

te, e envolve convencimento do seu prolator, em não conceder a liminar pedida. Assaltou-lhe a dúvida acerca da ocorrência do esbulho e da data deste, mesmo após a justificação em que teve que produzir prova testemunhal em audiência e de sopesá-la juntamente com a prova documental acostada à inicial.

É sabido que a concessão ou não de liminar em ações possessórias é fruto do largo arbítrio do juiz, a quem compete aferir sua oportunidade, justificando, assim, que o mesmo seja menos exigente do que ao examinar todo o material probatório com vistas ao julgamento final (cf. Adroaldo Furtado Fabrício, *in Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1980, v. 8, t. 3, p. 661).

Em resumo: o convencimento provisório do juiz *a quo*, consubstanciado na decisão recorrida, não merece ser alterado. Não contém ela nenhuma ilegalidade nem revela abuso de poder.

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

Salvador, 23 de agosto de 1995.
Paulo Furtado — Presidente. Ayrton Freitas — Relator.

CONCORDATA PREVENTIVA.

Não se configura a intempestividade do recurso, obedecido o prazo legal para sua interposição. Preliminar rejeitada. Vislumbra-se a inexistência de objeto e interesse de agir da concordatária, ante a extinção do processo. O credor, após requerida a concordata, concedeu-a, amigavelmente, prorrogando os vencimentos das cédulas de crédito. A

ausência de cumprimento das formalidades pertinentes ao processo implica na decretação da falência. A extinção do processo (art. 267, IV, do CPC), portanto, foi uma decisão alternativa e benevolente. Apelo improvido.

Ap. Cív. 9.173-4. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 9.173-4, de Nova Fátima, em que são partes, como apelante, Sisaleira Freitas Ltda. e, como apelado, o Banco do Brasil S/A.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, incorporando a este o relatório de fls. 99 a 100, rejeitada a preliminar, no mérito, em negar provimento ao apelo, e o fazem pelas razões seguintes:

I — Preliminar:

A preliminar de intempestividade simplesmente sugerida — não propriamente argüida — pelo Banco do Brasil S/A não tem procedência. Como bem salientou o douto procurador de justiça, em seu parecer, "... diante da nova redação dada pelo art. 5º da Lei 6.014/73 ao art. 207 da Lei Falimentar, a regra do art. 204 não mais subsiste e, assim, como o prazo para a interposição dos recursos passou a ser contado a partir da intimação da sentença ou da decisão recorrida, o apelo não foi intempestivo, posto que o apelante foi intimado em 15 de outubro de 1991 e o recurso foi interposto no dia 30 daquele mesmo mês e ano. Portanto, 15 dias após a intimação da sentença consoante

exigência do art. 508 do Código de Processo Civil". Rejeito a preliminar.

II — Mérito:

É bem singular este processo. Concordata requerida contra um único credor, cujo crédito, na verdade, não é quirografário — porque portador de privilégios previstos na legislação que rege os instrumentos de sua formalização — Cédulas de Crédito Comercial, Lei 6.840/80, art. 5º, e Decreto-lei 413/68, art. 17. E o próprio credor, um ano após requerida, concedeu-lhe amigavelmente a "concordata", prorrogando os vencimentos das cédulas para junho de 1991. Em verdade, esse processo de concordata não tem mesmo é objeto.

Não tem objeto, nem interesse de agir da concordatária — qual o prejuízo, *in abstracto* ou *in concreto* que lhe decorreu da extinção do processo?

Concordata requerida, concordata não concedida. é falência decretada. Assim dispõe o Decreto-lei 7.661, arts. 161 e 162:

"Se o pedido não estiver formulado nos termos da lei, não vier devidamente instruído ou quando estiver inequivocamente caracterizada a fraude, declarará (o juiz), dentro de 24 horas, aberta a falência".

E se constatadas forem, no curso do processo, existência de impedimentos, falta de condições, inexistência de documentos, também será declarada a falência. Ainda mais, mesmo após concedida a concordata, será ela rescindida e decretada a falência, se o devedor se portar ou tiver conduta incompatível ou inadequada à condição de concordatário — até mesmo pela negligência ou inação na continuação de seu negócio —

segundo normas fixadas no art. 150 da lei.

Não é despidendo observar que a desistência, pelo devedor, do processo de falência não é tranqüilamente aceita. O insigne Rubens Requião, no seu *Curso de Direito Falimentar*, v.2, p.104 e seguintes, tratou com mestria a questão, concluindo que, segundo a jurisprudência predominante, se o pedido de desistência é anterior ao despacho do juiz, mandando processar a concordata, é possível a desistência; se, após, somente possível se de acordo os credores. Mas, se o pedido caracterizar burla ao cumprimento da concordata, deverá ser rejeitado — e a consequência, sem dúvidas, é o decreto da falência.

A concordata, favor legal que se concede ao devedor de boa fé, em situações especiais — ao devedor "... infeliz, mas de boa fé" —, não se submete a todas as normas do processo comum. Que diferença substancial existe entre deixar de ou negligenciar na publicação do edital e deixar de depositar nas mãos do escrivão a quantia necessária para as custas e despesas até a publicação do edital, no processo de concordata? Se não depositar aquela quantia, verá o concordatário sua falência decretada. E se, por negligência ou não, por abuso ou má fé, deixar de publicar o edital, de cuja publicação se encarregou? A mesma deveria ser a consequência — decreto de falência.

Pensamos, assim; foi até muito benevolente o douto juiz do primeiro grau ao decretar simplesmente a extinção do processo, com apoio exato, formal e substancialmente, no art. 267, IV, do Código de Processo Civil. E, segundo os princípios do processo, não

se podendo modificar *in pejus* a decisão recorrida, somos pela confirmação da sentença, em todos os seus termos e pelos seus próprios fundamentos, acolhendo, inclusive, a doughta manifestação do ilustre procurador de justiça.

Nega-se provimento ao apelo.

Salvador, 5 de setembro de 1995.
Paulo Furtado — Presidente. Ayrton Freitas — Relator.

ICMS. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DO DÉBITO COM CORREÇÃO MONETÁRIA PELA TRD. DESCABIMENTO. PRAZO DE CADENCIAL. INÍCIO DA FLUÊNCIA. PARCELAMENTO DO PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES. RENOVAÇÃO A CADA ATO. ATOS DE TRATO SUCESSIVO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PRELIMINAR REJEITADA.

Quando o pagamento do débito tributário se dá em parcelas mensais consecutivas, o prazo decadencial renova-se a cada ato, iniciando-se a partir de cada uma delas. Atos de trato sucessivo. Precedentes jurisprudenciais. Os critérios de atualização monetária estabelecidos pela legislação federal para os créditos da União deverão ser os mesmos em relação à Fazenda Pública Estadual e o índice também deverá ser o mesmo. Inteligência dos arts. 6º da Lei 4.828, de 17 de fevereiro de 1989 e 118 das RICMS. Adoção da apli-

cação da TRD pela Fazenda Pública Estadual. Descabimento. A TRD não é índice de correção monetária. STF. Precedentes. Decisão mantida. Recursos necessários e voluntários improvidos.

Ap. Cív. 19.269-8. Relator: Des. AYRTON FREITAS.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos estes autos de apelação cível 19.269-8, da comarca da Capital, em que é apelante a Fazenda Pública Estadual e apelados BAP — Barreto de Araújo Produtos de Cacau S/A — e outros.

Acordam os desembargadores componentes da Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, integrando a este o relatório de fls. 217 a 219, em rejeitar a preliminar, no mérito, negar provimento ao recurso, pelas razões adiante expostas.

Tenho como insubsistente a preliminar de decadência da impetração.

De fato, não há que se situar a data de 25 de novembro de 1992 como termo inicial para começo de fluência do prazo decadencial. Conquanto essa data diga respeito ao pagamento de 10% do débito atualizado, até aí deve-se levar em consideração, em se tratando de pagamento de débito tributário em parcelas mensais consecutivas, que o prazo decadencial renova-se a cada ato, iniciando-se a partir de cada uma delas (cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança*, 15. ed., Malheiros Editora; Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 25. ed., RT). Segundo os impetrantes:

“2.4. Os valores de cada parcela,

das sessenta (60), são calculados pelo Fisco, a cada mês, preenchendo a guia de recolhimento, a ser colhida, pelo contribuinte, na repartição, com o visto do funcionário competente, para recolher seu valor, ao banco respectivo, em cruzeiros ou cruzeiros reais. 2.4.1. A cada mês, é publicada uma nova tabela de índices de atualização monetária dos débitos tributários pelo diretor do DAT. Assim, queda-se evidente, à saciedade, ser o cálculo feito mensalmente, por tratar-se de trato sucessivo..." (fls. 197/202).

De mais a mais, tanto o requerimento de parcelamento (fls. 114/115) e o instrumento de fiança (fls. 159/161), ambos datados de 24 de novembro de 1992, nada dizem com respeito ao indexador de atualização do débito até essa data (24.11.92) na cifra que alcançou. A única referência sobre o assunto é feita pela carta de fiança, mas, mesmo assim, sobre o valor parcelado, que seria atualizado pela UFIR, com acréscimos de juros de 12% ao ano. Apenas isso!

Tem, pois, razão o juiz sentenciante, quando afirma que:

"Não há termo inicial de constatação do excesso de correção monetária embutido no débito tributário para se estabelecer se houve, ou não, a decadência do direito de impetração, pois a data da concessão do parcelamento, através do requerimento já acima citado, não se prestaria para tanto, até mesmo porque há silêncio a respeito do indexador utilizado para atualização monetária..." (fls. 178/186).

Rejeito, pois, a preliminar de decadência da impetração.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre a impetrante. É indubitoso que, em face do art. 6º da Lei 4.828, de 17 de

fevereiro de 1989 e do art. 118 do RICMS, o Estado da Bahia não podia adotar critério diferente do da União para a atualização monetária de crédito tributário seu em relação aos apelados, pertinente ao período de fevereiro a dezembro de 1991. O primeiro daqueles dispositivos fala em mesmos critérios e o segundo em mesmo índice. Quer dizer, os critérios de atualização monetária estabelecidos pela legislação federal para os créditos da União deverão ser os mesmos em relação à Fazenda Pública Estadual, assim como o mesmo deveria ser o índice estabelecido pela legislação federal para atualização dos créditos tributários em relação à Fazenda Pública Estadual. Dai não se pode arrear.

A apelante não nega a adoção da aplicação da TRD. Confessa-a, até! Todavia, não convence a tese usada pela mesma na defesa da legalidade de sua utilização como índice de correção, mais precisamente "como ônus decorrente da inadimplência".

De fato, o Supremo Tribunal Federal decidiu não poder ser a TRD utilizada como fator de correção monetária (STF Pleno; Adin 493; j. 25.06.92; rel.-min. Moreira Alves, *in RT* 709/217). A União a expurgou através da Lei 4.218, de 28 de agosto de 1991, autorizando através da Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, a compensação dos encargos decorrentes.

Assim, agindo como agiu, isto é, atualizando seus créditos tributários em desacordo com a legislação federal pertinente, a apelante ofendeu, sim, direito líquido e certo dos apelados, de modo que a sentença, acolhendo a pretensão, bem aplicou o direito à espécie e não merece censura.

Em face de todo o exposto e por

tudo o que mais dos autos consta,
improvejo ambos os recursos — o ne-
cessário e o voluntário.

Salvador, 4 de outubro de 1995.
Robério Braga — Presidente. Ayrton
Freitas — Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

QUEIXA-CRIME CONTRA VEREADOR MUNICIPAL. JUÍZO SINGULAR.

A competência para o processo e julgamento de vereador municipal, nos crimes comuns, enquanto não for implantado o Tribunal de Alçada (art. 124, parágrafo único, I, e, CE/89), é do juiz singular, e não do Tribunal de Justiça, "por absoluta falta de previsão constitucional" para o ad quem dizer do direito na espécie sob exame.

Exc. de Incomp. 20.406-8. Relator: Des. GILBERTO CARIBÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de exceção de incompetência 20.406-8, da comarca de Xique-Xique, em que é argüente o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito, querelado Joaquim Lopes Rabelo e querelante José Magalhães.

Acordam os desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em declarar competente o juízo singular.

Trata-se de queixa-crime movida por José Magalhães contra Joaquim

Lopes Rabelo, ambos qualificados nos autos, prefeito e vereador, respectivamente, do município de Xique-Xique, na qual o primeiro irroga ao segundo a autoria de delitos contra a honra (arts. 139 e 140 do CP).

Após dar cumprimento ao art. 520 do Código de Processo Penal, no entanto, entendeu o *a quo* de encaminhar os autos a este Tribunal de Justiça com o argumento de que o juízo singular é incompetente para processar e julgar o feito, por ser o acionado vereador daquele município, a teor do que dispõe o art. 124, parágrafo único, I, e, da Constituição Estadual de 1989.

Em abono da sustentação, cita sua excelência aresto da colenda Primeira Câmara Crime deste Tribunal de Justiça, em que foi relator o eminente desembargador Jorge Fernandes Figueira — *in Bahia Forense*, v.38, 1992, p.335/336.

À fl. 33, através do ilustre procurador de justiça Armando Tourinho Junior, manifesta-se o órgão ministerial pelo conhecimento da arguição do doutor juiz *a quo*, mas para afirmar-se a incompetência do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento do feito, declarando-se competente o juízo inferior.

Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 173/218	Abr./Out.96
------------	----------	-------	------------	-------------

É o relatório.

Efetivamente, não pode subsistir o antigo entendimento da colenda Primeira Câmara Crime acerca da matéria sob exame, *data venia*.

Ultimamente, aliás, as Câmaras Criminais Reunidas deste egrégio Tribunal de Justiça têm decidido, na linha do pensamento atual do Ministério Público Superior, que a competência para o processo e julgamento dos vereadores municipais, nos crimes comuns, é dos juízes singulares.

E esse entendimento parece-nos acertado. De fato, a Constituição Federal/88 silencia sobre o juízo competente para o julgamento dos crimes comuns praticados por vereadores, e não é aceitável, juridicamente, que o Tribunal de Justiça conheça de questões que lhe não foram atribuídas, legal ou constitucionalmente, procedendo-se a uma "ampliação" de competência de manifesta atecnia, *data venia*.

De outra parte, inexistente norma constitucional transitória deslocando a competência do Tribunal de Alçada, ainda não implantado em nosso estado, para o Tribunal de Justiça, não se podendo falar tampouco em "competência natural" do Tribunal de Justiça para conhecer de questões da competência do Tribunal de Alçada, "por falta absoluta de previsão constitucional", como notado pela douta Procuradoria de Justiça.

Assim, há de prevalecer, para casos como os dos autos, a legislação infraconstitucional existente, cuja eficácia no tempo é de se ter como prorrogada, seja porque o legislador não deu cumprimento à norma do art. 27 do Ato das Disposições Transitórias, seja porque a Lei de Organização Judiciária em

vigor não disciplina sobre o Tribunal de Alçada. Competente é, pois, para apreciação da causa, o juízo do primeiro grau, consoante parecer da douta Procuradoria de Justiça.

É o voto.

Decisão: conheceu-se da arguição, mas para declarar-se a competência do juiz singular para o processo e julgamento de crimes comuns praticados por vereador municipal.

Salvador, 6 de setembro de 1995.
Dermeval Bellucci — Presidente. Gilberto Caribé — Relator.

DESOBEDIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. LIMINAR. INTERDITO PROIBITÓRIO. SANÇÃO CIVIL. HABEAS-CORPUS. DEFERIMENTO.

A aplicação da sanção civil torna a desobediência à ordem legal fato penalmente atípico.

H.C. 20.313-8. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 20.313-8, de Carinhanha, sendo impetrante o Bel. Antônio Fernandes Pinto e paciente José Lopes Menezes.

Alega a impetração encontrar-se o paciente ameaçado de ser preso por ordem da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da comarca de Carinhanha, a quem aponta como autoridade coatora, com fundamento em haver deixado de cumprir ordem em decisão liminar em ação de interdito proibitório. Afirmar não lhe

pertencer a cerca cuja derrubada fora determinada e sim à Companhia Siderúrgica Vale do Paraopeba, não sendo legítima sanção que implique em cerceamento de sua liberdade.

As informações da Exma. Sra. Dra. Juíza esclarecem os fatos e confirmam a concessão da liminar cujo cumprimento deveria dar-se sob pena de desobediência. Mas, intimados, os réus desconhecaram a ordem, obrigando-a a determinar a prisão deles, em virtude da praxe do não-cumprimento de liminares.

Nesta instância, a Procuradoria, por intermédio da Dra. Leonor Salgado Atanázio, apreciou os fundamentos da impetração, as informações e concluiu pelo deferimento do *writ*, porque já fora aplicada a multa, sanção utilizada.

Efetivamente, conforme consta dos autos (fl. 12), a Exma. Sra. Dra. Juíza, ao conceder a liminar, arbitrou a multa para o caso de transgressão do preceito, acrescentando textualmente “não excluindo-se a prisão por crime de desobediência” (art. 330 do CP). No mesmo despacho, foram, finalmente, advertidos os réus de que a multa poderia ser executada, respondendo o patrimônio dos mesmos pelo pagamento.

A lei civil prevê a cominação ao réu de determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito de mandado proibitório (art. 932, CPC).

O parecer da douta Procuradoria acentuou que, já arbitrada a multa para o caso de transgressão do preceito, não há como criminalizá-lo, tornando-se um *plus* desnecessário.

São irretocáveis as conclusões do lúcido parecer, porque, de acordo com a jurisprudência dominante:

“Para a configuração do delito de desobediência não basta o fato material

do não-cumprimento da ordem legal dada pelo funcionário competente. É indispensável que, além de legal a ordem, não haja sanção especial para o seu não-cumprimento” (TACrim.-SP, AC, rel.-juiz Chiaradia Netto — RT399/283).

“Desobediência. Delito não caracterizado. Réus que descumprem determinações de sentença proferida em ação cominatória contra eles proferida. Ausência de dolo. Execução, ademais, daquela por perdas e danos. Absolvição decretada. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Há casos em que a desobediência à ordem judicial não é suscetível de repressão penal, como, por exemplo, naqueles em que o seu cumprimento é especialmente assegurado por sanção de natureza civil” (TA-MG, AC, rel.-juiz Amado Henriques — RT412/40).

O parecer da douta procuradora, como está claro, concluindo pelo deferimento da ordem, nos termos do pedido, encontra ressonância no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual, acolhendo-o, defere-se o *writ*, para que, em favor do paciente, expeça-se o competente salvo-conduto.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em deferir a ordem.

Salvador, 27 de junho de 1995. José Alfredo — Presidente. Raymundo Vilela — Relator.

Parecer 1.069

O Bel. Antônio Fernandes Pinto impetra *habeas-corpus* em favor de José Lopes Menezes, ameaçado de prisão por ordem da meritíssima juíza de direito

de Carinhanha, a quem aponta como autoridade coatora.

Alega o impetrante:

que é imputado ao paciente crime de desobediência, porque deixou de cumprir ordem contida em decisão liminar em ação de interdito proibitório;

que o ato da juíza é abuso de poder;

que o paciente apenas mostrou-se irrequieto com a decisão da juíza, não se propondo a derrubar a cerca imediatamente, porque não lhe pertencia e sim à Companhia Siderúrgica Vale do Paraopeba;

que não é legítima a imposição de qualquer sanção que implique em cerceamento de liberdade.

Requer salvo-conduto.

Em informações, a digna juíza indigitada coatora explica:

que concedeu, em 2 de setembro de 1994, liminar em interdito proibitório, cujo teor os réus teriam de cumprir sob pena de desobediência;

que, intimados, os réus fizeram *tabula rasa* da decisão;

que, como os réus se acham protegidos por "forças poderosas", não cumpriram a decisão, obrigando a juíza a optar por determinar a prisão dos mesmos;

que é praxe na região o não-cumprimento de liminares concedidas pelo juiz;

que só depois de cumprida a liminar a juíza se propôs a dar prosseguimento ao feito.

Encaminha cópias de fls. 12 a 28.

Tudo examinado. No despacho que concedeu a liminar, cuja cópia está à fl. 12, a magistrada arbitrou multa para o caso de transgressão do preceito. Já dispunha, deste modo, de um instrumento para obrigar o cumprimento da liminar, sendo desnecessário criminalizar

a infringência ao conteúdo do despacho.

As sanções não são um fim em si mesmas. São meios utilizados na busca de objetivos maiores. Com a aplicação da multa, encontra a autoridade o instrumento capaz de obrigar o cumprimento da ordem. A criminalização da conduta em desarmonia com a decisão judicial é um *plus* desnecessário.

Tendo sido aplicada, como foi *in casu*, a multa, opino pelo deferimento do *writ*.

Salvador, 23 de maio de 1995.
Leonor Salgado Atanázio —
Procuradora de Justiça.

EXCESSO PRAZAL. ALEGAÇÕES FINAIS. DEFESA. PROCRASTINAÇÃO. HABEAS-CORPUS. DEFERIMENTO.

Mesmo ultrapassada a instrução criminal, estando evidentemente comprovado o excessivo prazo da prisão, inclusive em face de possível sentença condenatória, defere-se a ordem, se por outro motivo não se encontrar preso o paciente.

H.C. 20.584-7. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 20.584-7, da Capital, sendo impetrante em causa própria Wilson Marques dos Santos.

A impetração afirma, basicamente, a existência de excesso prazal na instrução do processo a que responde o paci-

ente-impetrante, preso por prática de roubo, desde o dia 8 de setembro de 1987, à disposição do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal Distrital de Periperi.

As informações do Exmo Sr. Dr. Juiz, apontado como autoridade coatora, dão conta de que o processo se encontra prejudicado em seu andamento, em consequência da defesa do acusado, não obstante as providências que vem adotando.

O parecer final da douta Procuradoria apreciou a impetração, as informações e concluiu pelo indeferimento do pedido.

Percebe-se dos autos, com as informações constantes dos ofícios de fls. 9, 15 e 18, a diligência da autoridade aqui apontada como coatora, adotando as providências de sua alçada, inclusive nomeando defensor e destituindo-o, no sentido de agilizar o processo, sem que tenha logrado êxito, até, pelo menos, a data da última informação, em 7 de junho p. passado.

Entretanto, constata-se a existência de injustificável excesso, capaz de legitimar a concessão da ordem. É que, no caso, mesmo ultrapassada a instrução criminal, o paciente se encontra preso desde setembro de 1987, já a completar-se oito anos de custódia. A pena atribuída ao crime de que é acusado varia de quatro a 10 anos, no máximo, isto em caso da inexistência de qualquer circunstância que o beneficie. Em tal situação, defere-se a ordem para que se expeça em favor do impetrante-paciente alvará de soltura, sem prejuízo da ação penal e se por outro motivo não estiver preso.

Lastima-se, pelo que se pode constatar dos autos, a situação da vara crimi-

nal distrital de Periperi, sendo conveniente solicitar à douta Corregedoria a instalação de correição naquele cartório, para tanto encaminhando-se cópia desta sentença.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em deferir a ordem.

Salvador, 22 de agosto de 1995.
José Alfredo — Presidente. Raymundo Vilela — Relator.

Parecer 3.094

O paciente-impetrante, Wilson Marques dos Santos, em seu próprio favor, alega que se encontra preso desde 8 de setembro de 1987, à disposição do nobre doutor juiz de direito da varacrise distrital de Itapagipe, sem qualquer notícia da tramitação do processo a que responde até a presente data, o que caracteriza evidente coação ilegal.

As informações foram solicitadas por ofício em 16 de maio de 1994, fl. 10, reiteradas em 8 de junho de 1994, por telegrama, fl. 11, sem qualquer resposta, fl. 12.

As alegações podem ser presumidas como verdadeiras na falta das informações.

Contudo, trata-se de um paciente processado, ao que se induz à fl. 4, por crime contra o patrimônio, e respondeu a homicídio praticado na prisão, sendo absolvido, fl. 4.

Ainda que assim não fosse, é inacreditável que uma informação solicitada desde 16 de maio de 1994 permaneça sem resposta, a não ser por equívoco.

Pelo que, conveniente o retorno à secretaria para examinar se realmente a resposta não foi encaminhada, para, em

seguida, a critério do ilustre e cuidadoso desembargador-relator, requisitar-se a informação desatendida através dos serviços da douta Corregedoria Geral da Justiça, ou solicitando-se diretamente a ação penal ao juízo do primeiro grau.

É o parecer provisório.

Salvador, 28 de novembro de 1994.

Álvaro Marques de Freitas — Procurador de Justiça.

HOMICÍDIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVADOS AUTOS. CONJUNTO PROBATÓRIO. CONCURSO. ABSOLVIÇÃO. PENA APLICADA AOS DEMAIS ACUSADOS. APELAÇÃO CRIMINAL. NOVO JULGAMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

Induvidosamente comprovado o concurso, dá-se provimento ao apelo, sujeitando-se o réu absolvido a novo julgamento; reduz-se a pena da co-autora, mantida a que foi aplicada ao autor material do homicídio.

Ap. Crim. 7.430-6. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 7.430-6, de Ruy Barbosa, sendo apelantes o Ministério Público, Marinaldo Oliveira Santos e Reinalice Santos Borges e apelados o Ministério Público e Marco Antônio Mota de Souza.

Como consta do relatório de fls., parte integrante deste, apela o Ministé-

rio Público da decisão absolutória de Marco Antônio Mota de Souza, Marinaldo Oliveira Santos e Reinalice Santos Borges da decisão condenatória, todos co-participes do homicídio de Nivaldo Rodrigues Borges, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri de Ruy Barbosa.

A exuberante prova recolhida não deixa a menor dúvida quanto à participação de Marco Antônio na empreitada criminosa de que resultou a eliminação de Nivaldo Rodrigues Borges, esposo de Reinalice Santos Borges. A presença do acusado em reuniões para o acerto do crime é indubitosa, através de farta prova testemunhal (Antônio Carlos Santos Filho, fls. 168/169; Ademir Norberto Sampaio, fls. 30 e 173; Maria Célia Borges Boaventura, fls. 170/172). Sublinhe-se, também, o depoimento de Terezinha Mota de Souza, genitora do acusado (fl. 28), no qual está a narrativa feita pelo próprio réu.

Marco Antônio de Souza participou do crime. Ele concorreu para a sua consumação, incidindo nas penas a este cominadas, não sendo legal nem justo, em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, absolvê-lo. O seu concurso está suficientemente provado, porque compareceu a reuniões no cemitério para o acerto da empreitada, bem como permaneceu ao lado da casa, no momento em que o executor a consumava, fatos comprovados de maneira induvidosa.

Além do nosso diploma penal substantivo dispor sobre o concurso — quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua responsabilidade (art. 29) — a jurisprudência é invariável:

“Simples anuência a empreendi-

mento criminoso ou a mera ajuda, ainda que sem a participação direta na conduta criminosa, com vistas ao sucesso da atividade delinqüencial de outrem, basta ao reconhecimento da co-autoria" (TACrim.-SP, AC, rel.-juiz Onei Raphael — *JUTACRIM*31/395).

"Tudo o quanto é praticado para que o evento se produza é causa indivisível dele. É o que preceitua o art. 25 (atual 29) em conexão com o art. 11 (atual 13) do Código Penal. Assim, quem concorre para o crime é co-autor. Tudo que concorre para o resultado passa a ser causa com relação a este e, por conseqüência, todos que concorram para este resultado, cooperam para aquele tudo, são autores. Em conclusão: autor de um fato punível é o agente que o comete com vontade de realizá-lo, em forma típica, enquanto que co-autor é o que, como autor imediato ou mediato, comete o fato punível conjuntamente com outro ou outros autores, em cooperação consciente e querida" (TJ-SP, rev., rel.-des. Hoepfner Dutra — *RTJSP* 37/288).

Impõe-se, assim, a submissão do acusado Marco Antônio a novo julgamento, pois, havendo o Conselho de Sentença negado o seu concurso no homicídio de Nivaldo Rodrigues Borges, decidiu, de forma arbitrária, manifestamente contrária à prova dos autos.

O apelante Marinaldo Oliveira Santos é o autor material do crime confesso (fl. 34). Com perfeição de detalhes, narrou as providências e os contatos preliminares, os planos e, finalmente, como ele ocorrera. Da forma como o praticara, colocando a mão no rosto da vítima e anunciando "assalto", quando esta ainda estava adormecida e,

disparando os tiros, o fez à traição, circunstância reconhecida pelo júri, em nada contrariando a prova, mas, ao contrário, inteiramente compatível com ela.

Sob outro prisma, não há injustiça ou erro na aplicação da pena. O Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito se houve com exemplar cuidado, ao fixar a pena-base de 15 anos de reclusão, considerando ser o réu primário e de bons antecedentes, pena que se tornou definitiva, conforme afirmou, em decorrência da inexistência de circunstâncias que a exasperassem, bem como haver o conselho reconhecido a inexistência de atenuantes.

Ao término da sessão do júri, os defensores da acusada Reinalice afirmaram que iriam recorrer (fl. 702v). Mas não apresentaram as razões do recurso. Embora se cuide de recurso de decisão do Tribunal do Júri, de caráter restrito, devendo o apelante mencionar em qual ou quais das hipóteses do art. 593, III, fundamenta o apelo, tendo havido manifestação da vontade de recorrer, a jurisprudência tem tolerado o conhecimento do recurso, no seu sentido mais amplo, sobretudo em obediência ao preceito constitucional que assegura ao réu amplitude de defesa (inc. LV, art. 5º, CF).

Entretanto, por mais convincentes que fossem as razões do apelo, jamais poriam em dúvida as provas contra ela carreadas — a contratação dos serviços de Marinaldo e Marco; haver deixado o cadeado do portão aberto propositamente para facilitar o homicídio; o remédio aplicado à vítima e ao cachorro para que os assassinos penetrassem na casa, sem dificuldades, fatos confirma-

dos pela prova inconteste do inequívoco conjunto probatório.

Todavia, a câmara entendeu exacerbada em relação à acusada Reinalice Santos Borges a pena-base de 17 anos, reduzindo-a para 15 anos, em face da circunstância agravante (art. 61, II, e) e atenuante (art. 65, III, c), um ano para cada uma delas, fixando-se a pena definitiva em 15 anos.

Diante dos fatos assim comprovados, tem-se como acertada a decisão do Tribunal do Júri que condenou os apelantes, porque se trata de decisão seguramente apoiada. Não assim, lastimavelmente, em relação ao apelado Marco Antônio Mota de Souza, cujo concurso, como já demonstrado, foi decisivo para a consumação do homicídio de Nivaldo Rodrigues Borges, devendo ser apenado, na medida da sua culpabilidade, e não absolvido em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

O judicioso parecer da Exma. Sra. Dra. Procuradora de Justiça junto a esta câmara, pedagogicamente elaborado, apreciou, com detalhes, a participação de todos os partícipes, concluindo pelo provimento do apelo do Ministério Público e o improvimento relativamente a Marinaldo Oliveira Santos e Reinalice Santos Borges.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo do acusado Marinaldo Oliveira Santos; prover, parcialmente, ao apelo da acusada Reinalice Santos Borges para reduzir a pena aplicada e dar provimento ao apelo do Ministério Público para submeter Marco Antônio Mota de Souza a novo julgamento.

Salvador, ... de fevereiro de 1995.
José Alfredo — Presidente. Raymundo Vilela — Relator.

HOMICÍDIO. LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA. INEXISTÊNCIA.

Não há legítima defesa quando o réu agride a vítima em revida a uma agressão já cessada. Provi-da a apelação do Ministério Público para mandar o recorrido a novo julgamento. Decisão unânime.
Ap. Crim. 13.880-3. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 13.880-3, de Palmas de Monte Alto, sendo apelante o Ministério Público e apelado Francisco Carlos da Silva.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Relata a denúncia que, no dia 17 de abril de 1982, na fazenda Casa Velha, em Palmas de Monte Alto, realizava-se uma festinha, pela noite adentro, de despedida de solteiro, na residência de Olívio de Oliveira Couto; que, depois da festa, resolveram improvisar uma dança no Prédio Escolar, onde a mocidade passou a divertir-se.

Mais tarde, como o denunciado e a vítima, que já numa outra ocasião se haviam desentendido, estranharam-se novamente, o que deu motivo a que Pedro Gileno e Edvaldo Cutia fossem

até junto da vítima, pedindo-lhe para que fosse embora, a fim de evitar maiores problemas; tendo José Rego aceito, dirigiu-se para o seu carro e, pondo o motor em movimento, mas antes que o veículo arrancasse, eis que chegam Francisco Carlos, de arma na mão, e seu irmão, dizendo este: "Queima daí mesmo", o qual, dirigindo-se para o carro, descarregou toda a munição da arma contra a vítima, que teve morte imediata.

Com tal procedimento, ficou incurso o acusado nas sanções do art. 121, II, § 2º, do Código Penal.

Pronunciado nas penas do art. 121, *caput*, do Código Penal, afastada a qualificadora do motivo fútil, foi o recorrido absolvido pelo Conselho de Sentença, que reconheceu a legítima defesa.

Irresignada com o *decisum*, a ilustre representante do Ministério Público apelou tempestivamente, com fulcro no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls., faz uma análise dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas no processo, que denotam existir uma inimizade entre o recorrido e a vítima e que, no dia do fato, houvera uma desavença inicial entre eles, tendo a vítima desferido dois murros no rosto de Francisco Carlos.

Que, após interferência dos que ali se encontravam, a vítima aquiescera em sair da festa para evitar nova confusão; dirigindo-se ao seu veículo, ligando o motor e acendendo os faróis, eis que surgiu o ora recorrido que, de arma em punho e estimulado por um seu irmão, desferiu três tiros contra a vítima, a qual tombou mortalmente ferida.

Salienta, então, a digna representante do *parquet* que disso se conclui que, mesmo tendo recebido os murros, o recorrido, já fora da esfera de risco, aguardou a saída da vítima do local da festa e, quando esta já se preparava para ir embora, estando no interior do veículo, surgiu de inopino, de arma em punho, para agredi-la. Não há, portanto, o que se cogitar de legítima defesa.

Diante de tudo isso, a egrégia câmara, por sua Turma Julgadora, adotando o entendimento da douta Procuradoria de Justiça, dá provimento ao apelo, à unanimidade, para mandar o recorrido a novo julgamento, uma vez que a decisão do Conselho de Sentença, reconhecendo a excludente da legítima defesa própria, julgou em flagrante desconformidade com a prova dos autos. Decisão unânime.

Salvador, 13 de setembro de 1994.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. José Alfredo — Relator.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. FLAGRANTE. DENÚNCIA. EXCESSO DE PRAZO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. HABEAS-CORPUS. DEFERIMENTO.

A denúncia, embora classifique o homicídio de qualificado, por si só, é insuficiente para a manutenção do flagrante; a custódia só deveria permanecer se os motivos da prisão justificassem a decretação da preventiva, porque se cuida de denúncia passível de reclassificação.

H.C. 20.194-3/95. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 20.194-3/95, de Juazeiro, sendo impetrante o Bel. João Batista Dias da França e paciente Mailson Costa dos Santos.

A impetração tem duplo fundamento — excesso prazal e impossibilidade de manter-se a prisão do paciente, somente pela circunstância de a denúncia haver classificado o homicídio como qualificado, quando esta não faz coisa julgada, sendo passível de desclassificação. Assim, defende o direito de o paciente responder em liberdade a ação penal, uma vez que provou preencher os requisitos indispensáveis para que incida a hipótese do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Os fundamentos da impetração estão embasados na jurisprudência dos nossos tribunais e na opinião de renomados doutrinadores.

As informações da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da Vara Crime, substituída, apontada como autoridade coatora, esclarecem o andamento do processo, a participação da defesa e os objetivos da prisão do paciente.

A douta procuradora de justiça, Dra. Leonor Salgado Atanásio, em lúcido parecer, apreciou os motivos da impetração e as informações, concluindo, à luz do seu entendimento, pelo indeferimento do *writ*.

Efetivamente, o excesso de prazo não pode ser acolhido, porque, segundo acentuou a Exma. Sra. Dra. Juíza, o processo corre normalmente e a demora atual é consequência de haver a defesa arrolado testemunhas residentes em outra comarca, dependendo do cumprimento de precatória.

Entretanto, a tipificação da denúncia, por haver classificado o homicídio como qualificado, tido como crime hediondo, não pode, por si só, ensejar a manutenção da prisão em flagrante, quando os motivos não possibilitariam ao magistrado decretar a prisão preventiva.

Ora, as informações afirmam que se quer a manutenção da ordem pública, pois o crime ocorrera num domingo, na orla da cidade, na presença de multidão, gerando clamor público. Esclarecem, ainda, que têm realizado audiência com forte esquema de segurança e se reportam aos comentários existentes naquela cidade.

Quando a Exma. Sra. Dra. Juíza apreciou e decidiu o pedido de liberdade provisória, indeferindo-o, louvou-se em parecer do douto promotor de justiça para concluir que o pedido não poderia ser deferido por ferir a Lei 8.072/90, porque o homicídio qualificado estava incluído no rol daqueles considerados hediondos, insuscetível de liberdade provisória (art. 2º).

Como já decidiu esta câmara em outra oportunidade (H.C. 19.213-6/95, de Pojuca), o posicionamento da Justiça local, na classificação do fato criminoso, para negar ao paciente a liberdade provisória, com decisão simplesmente fundamentada na Lei de Crimes Hediondos, não se ajusta à realidade. Acolher tal entendimento seria retornar à época da preventiva compulsória.

Por outro lado, afirmar-se, simplesmente, que se quer a manutenção da ordem pública ou que o crime causou clamor público, sem dados objetivos, capazes de justificar a custódia prévia, caso não houvesse flagrante, tal como acentuado nas informações, parece não

se compatibilizar com a própria realidade dos autos.

A revolta, a indignação da comunidade, a crueldade, por si sós, não fundamentam a prisão preventiva, quando desacompanhadas de dados objetivos, sendo imprescindível que se apontem fatos concretos, capazes de convencer da necessidade de se vir a privar alguém de sua liberdade, antes da sentença condenatória. A consideração às circunstâncias do crime ou da sua natureza não leva, necessariamente, à conclusão de que o acusado em liberdade poderá pôr em risco a sociedade, prejudicar a instrução criminal ou fugir da Justiça (RT576/331). O crime sempre causa convulsão social, variando de intensidade, segundo as circunstâncias, e o caso dos autos não poderia fugir à norma. Mas, o clamor público, no conceito que lhe empresta o Direito Penal, aquele "vozerio alarmante, ou não, de testemunhas espontâneas, que unanimemente acusam ou indicam com precisão o delinquente ou o perseguem desde o momento da perpetração do crime e durante a fuga, reclamando a sua prisão, seguramente, não ocorreu".

O paciente não é pessoa de alta periculosidade, com o comprometimento da ordem pública, de modo a poder ser invocada como fundamento da prisão preventiva.

Cuida-se de acusado primário, de bons antecedentes, emprego certo (engenheiro agrônomo — funcionário público federal), residência fixa, família constituída. A prisão, a meu sentir, não se faz necessária, porque, se inexistisse o flagrante, não haveria motivação para decretar a prisão preventiva.

Impõe-se, assim, à vista do nosso ordenamento jurídico, *data veni* do pa-

recer da douta procuradora, o deferimento da ordem, para que, em liberdade, com o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, possa Mailson Costa dos Santos responder à ação penal que lhe move a Justiça pública da comarca de Juazeiro.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em deferir a ordem.

Salvador, 8 de junho de 1995. José Alfredo — Presidente. Raymundo Vilela — Relator.

Parecer 980

O Bel. João Batista Dias da França impetra *habeas-corpus* em favor de Mailson Costa dos Santos com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e demais legislações aplicáveis, alegando excesso de prazo na formação da culpa e que não se pode definir como homicídio qualificado crime em fase de apuração.

Aponta como autoridade coatora a meritíssima juíza de direito da vara-crime de Juazeiro.

Prestando informações, a autoridade indigitada coatora explica que:

o paciente foi preso em flagrante no dia 17 de outubro de 1994 e está na Casa de Detenção de Juazeiro; que a denúncia de 5 de novembro de 1994 imputa-lhe o crime previsto no Código Penal, art. 121, § 2º, II e IV (última parte); que o paciente foi interrogado e confessou o delito; que foram ouvidas as testemunhas de acusação e que as de defesa, arroladas para ser inquiridas por precatória, é o que fez não ter ainda terminado a instrução; que já tomou todas as providências

para limitar a procrastinação promovida pela defesa. Juntou as cópias de fls. 59 a 76.

Tudo analisado, resulta inaceitável o argumento do excesso de prazo, porque a defesa está-lhe dando causa. Segundo doc. de fl. 74, a instrução já teria acabado se fossem arroladas testemunhas residentes na comarca.

É verdade que a tipificação da denúncia pode ser mudada até o final do processo, sendo pertinente a argumentação de que não pode ser tido como hediondo o delito de homicídio cujo processo não foi julgado. Todavia, não será por esta razão que deve o paciente continuar preso. A arma utilizada para o cometimento do crime, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o comportamento carcerário do paciente — que já sofreu punição administrativa (ver doc. de fl. 71) — levam a admitir que o paciente tem conduta social indesejável e que em liberdade voltará a perturbar a paz social. Ele próprio confessou ter cometido o crime alcoolizado, gostar de beber com os amigos e usar arma sem autorização legal. Nada assegura ao julgador que ele não voltará a perturbar a paz social com outros crimes. Ao contrário, sua conduta gera fundados receios de que torne a delinquir.

As circunstâncias do crime foram de modo a causar clamor público. Um mero incidente no tráfego, já superado, não justificaria que o paciente procurasse a vítima para descarregar contra ela uma pistola semi-automática calibre 7.65, cujo uso freqüente (o paciente confessou) é indicativo de periculosidade.

As circunstâncias do delito, o comportamento e a personalidade do paciente é que legitimam a custódia. Não fosse ela viabilizada em flagrante delito,

teria o magistrado que decretá-la preventivamente.

Por estas razões e estando o processo com andamento razoável, tomadas, como foram, pela autoridade judiciária, as providências para limitar procrastinação desnecessária, opino pelo indeferimento do *writ*.

SMJ.

Salvador, 8 de maio de 1995. Leonor Salgado Atanázio — Procuradora de Justiça.

HOMICÍDIO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA.

Não se pode afirmar que a decisão do Conselho de Sentença esteja manifestamente contrária à prova dos autos, quando se baseia na versão apresentada pelo réu, não contestada e consoante os antecedentes do ato que demonstraram, inequivocamente, ter ele agido acobertado pela excludente da legítima defesa. Unânime.

Ap. Crim. 12.694-3. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 12. 694-3, da Capital, sendo apelante o Ministério Público e apelado Byron Nascimento Amancio.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Relata a denúncia que, no dia 12 de abril de 1980, por volta das 10 horas, no Largo de Amaralina, nesta Capital, o denunciado, por causa de uma dívida não saldada da qual era credor de Marivaldo do Nascimento, a vítima, fez disparo de arma de fogo contra este, causando-lhe as lesões descritas no laudo de exame cadavérico de fls. 24/26, que o levaram à morte.

O acusado sempre alegou haver agido em estado de legítima defesa, porque, quando fez a cobrança da dívida, foi agredido moral e fisicamente, porque, sendo a vítima vendedor de cocos, à certa altura, partiu para agredi-lo com um facão, não tendo o denunciado outra alternativa senão a de defender-se daquela agressão atual e injusta.

Pronunciado no *caput* do art. 121 do Código Penal, foi ele absolvido pelo Tribunal do Júri.

Irresignado com o *decisum*, o ilustre representante do Ministério Público apelou, com fulcro no art. 593, III, do Código de Processo Penal, por entender ser o veredito do Tribunal Popular inteiramente dissociado da prova dos autos.

O nobre defensor, por seu turno, reafirma haver o recorrido agido em legítima defesa própria, inclusive porque somente fez um disparo de revólver, fazendo cessar a agressão atual e injusta do seu ofensor.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls., após analisar os fatos, afirma que ninguém presenciou o momento em que fora feito o disparo contra a vítima.

Que certeza existe com relação à existência de uma dívida que a vítima tinha com o recorrido, salientando, ainda, que desde o primeiro interrogatório

Byron sustenta estar defendendo-se de uma agressão feita, inicialmente, com xingamentos, ofensas, até pegar num facão e tentar agredi-lo fisicamente.

Termina, assinalando que é a palavra do réu não contestada, inclusive pelas testemunhas inquiridas no sumário.

Assim, não vê como aceitar estar a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Diante do que a egrégia câmara, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, acolhendo o entendimento da digna representante do *parquet*, nega provimento à apelação interposta.

Salvador, 13 de dezembro de 1994.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. José Alfredo — Relator.

**LIBERDADE PROVISÓRIA.
CRIME HEDIONDO. HOMICÍDIO
QUALIFICADO. FLAGRANTE.
DESNECESSARIEDADE DA PRE-
VENTIVA. HABEAS-CORPUS.
DEFERIMENTO.**

*Falecendo motivação para a
custódia prévia, concede-se a li-
berdade provisória, até porque se
cuida de denúncia de crime quali-
ficado, passível de desclassifica-
ção.*

H.C. 19.213-6. Relator: Des.
RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos es-
tes autos de *habeas-corpus* 19.213-6, de
Pojuca, sendo impetrante o Bel. Rogério

Lima Machado dos Santos e paciente Djalma Silva.

A inicial narra fatos em que se viu envolvido o paciente, resultando lesões nele próprio e o homicídio de Domício dos Santos, seu agressor, causado por terceiro.

Na longa inicial, o impetrante investe contra o flagrante e os atos subsequentes, notadamente a denúncia, dando o paciente como incurso nas penas de homicídio qualificado, aprecia e valoriza provas não raro detalhadamente, para, finalmente, justificar o pedido de liberdade provisória, inclusive arrimada em decisão desta egrégia corte.

As qualificadoras são consideradas abusivas e desleais, daí o pedido para a concessão da ordem, com o afastamento delas da inicial acusatória e a desclassificação do crime, sem prejuízo da instrução criminal.

Vieram aos autos as informações do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de Pojuca. Sua excelência reporta-se ao crime, à denúncia e aos seus fundamentos — art. 121, III, § 2º, 7ª figura (meio cruel) e IV, c/c o art. 29 do CP — à marcha do processo e aos motivos que fundamentaram o indeferimento da liberdade provisória (fls. 64/65).

O parecer da douta Procuradoria firmado pelo Dr. Armando da Costa Tourinho apreciou, exaustivamente, todos os ângulos da impetração, ajustando os fatos ao ordenamento jurídico vigente e concluindo pela concessão da liberdade provisória nos termos ao art. 310 do Código Penal e seu parágrafo único.

Efetivamente, nada mais se poderá acrescentar ao lúcido parecer da douta Procuradoria.

No caso dos autos, como bem sali-

entado, não ocorre hipótese capaz de autorizar a prisão preventiva.

Com o devido respeito às opiniões divergentes, certo é que a revolta, a indignação da comunidade, a crueldade, por si sós, não fundamentam a custódia prévia. Evidentemente, o crime sempre causa convulsão social, variando de intensidade e segundo as circunstâncias. O fato criminoso retratado nos autos não poderia fugir à norma. Mas não de modo a revelar periculosidade, com o comprometimento da ordem pública, nos limites em que ela pode ser invocada como fundamento da prisão preventiva.

Sob outro prisma, o posicionamento da Justiça local, na classificação do fato criminoso como homicídio qualificado, e da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito, negando ao paciente a liberdade provisória, decisão fundamentada na lei de crimes hediondos, parece não se ajustar à realidade.

Já se distancia a época da preventiva compulsória. No caso, havendo possibilidade de desclassificação, preferível que se preserve o paciente da possibilidade de constrangimento ilegal.

Cuida-se de acusado primário, de bons antecedentes, emprego certo, residência fixa, família constituída. A prisão não se faz necessária, porque se inexistisse o flagrante não teria o Exmo. Sr. Dr. Juiz motivação para decretar a preventiva.

Já deferida em favor de um co-autor, pelo egrégio Conselho da Magistratura, medida liminar, justo que ao paciente seja extensivo o benefício.

Impõe-se, à vista do nosso ordenamento jurídico, acolhendo em sua integralidade o parecer da douta Procuradoria, o deferimento da ordem, para

que, em liberdade, com o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício, possa Djalma Silva responder à ação penal que lhe move a Justiça pública da comarca de Pojuca.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em deferir a ordem.

Salvador, 7 de março de 1995.
Moacyr Pitta Lima — Presidente.
Raymundo Vilela — Relator.

**NARCOTRÁFICO. DECRETODE
PRISÃO PREVENTIVA. HABEAS-
CORPUS LIBERATÓRIO.**

Julgou-se prejudicado o pedido com relação aos pacientes, porque já liberados, à exceção de Francisco Gomes de Oliveira, que se evadiu e que é o principal responsável pelo grande plantio de maconha, havendo contra o mesmo um regular decreto de custódia prévia. Decisão unânime.

H.C. 12.855-6. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 12.855-6, de Sento Sé, sendo impetrante o Bel. Vicente Ferreira da Silva e pacientes Francisco Gomes de Oliveira e outros.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em indeferir a ordem com relação ao primeiro paciente e prejudicado com relação aos

demais, adotando, no particular, os fundamentos constantes dos diversos pareceres da douta Procuradoria de Justiça.

Denunciados por crimes ligados ao narcotráfico, pretendem os pacientes a revogação do decreto de suas prisões preventivas.

Em parecer de fls., a douta Procuradoria de Justiça opina no sentido de que a ordem deve ser julgada prejudicada, com relação a João Bosco da Conceição e Francisco Fernandes de Almeida Neto, porque já postos em liberdade.

No que concerne, porém, ao paciente Francisco Gomes de Oliveira, sendo ele o responsável pelo plantio da roça da erva maconha, "fornecendo alimentação e suprimentos e custeando todas as despesas" e conseguido se evadir, a decretação da sua custódia prévia, após ser identificado como o chefe e responsável pelo perigoso grupo, era uma imperiosa necessidade para assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública. Daí por que a Procuradoria opina pelo indeferimento da ordem quanto a esse paciente.

Acolhendo-se os judiciosos pareceres nesse sentido, indefere-se a ordem em relação a esse paciente e julga-se prejudicado o pedido, com referência aos demais.

Salvador, 25 de abril de 1995. José Alfredo — Presidente e Relator.

**PRISÃO PREVENTIVA. DES-
FUNDAMENTAÇÃO. AUTO-
RIA. PROVA. NECESSARIEDADE.
HABEAS-CORPUS. INDEFERI-
MENTO.**

Cuidando-se de paciente po-

licial militar envolvido em ações criminosas, evidencia-se a necessidade da custódia prévia pelo seu dever de assegurar a garantia da tranquilidade social.

H.C. 1.187-6/93. Relator: Des. RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 1.187-6/93, de Itaparica, sendo impetrante a Bela. Leyla Márcia de Mattos e paciente Alberto Sales Santana Filho.

A extensa e erudita impetração afirma desfundamentado o decreto de prisão preventiva do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito de Itaparica, apontado como autoridade coatora. Sustenta a inexistência de prova da participação do paciente em qualquer fato delituoso, identificando-o como policial militar, residente na Capital, sendo primário, de bons antecedentes e já absolvido em apuração interna da corporação (fl. 11).

A prova básica da autoria, indicada no decreto, resulta de vingança do co-réu, por debitar ao paciente a descoberta do crime "chacina de Itaparica" em decorrência de informação a uma patrulha policial-militar.

As informações do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito acentuam que, embora tenha sido o paciente denunciado pela participação do roubo do "Gol" que serviria de transporte para os autores da chacina, o decreto considerou a sua omissão, não denunciando o plano às autoridades responsáveis. Analisa a confissão do co-réu Francisco Datti Filho em outros crimes e o envolvimento do paciente no plano da travessia para a ilha, facilitando as etapas dos homicídi-

os. Enfatizou a participação do paciente, pois sendo policial militar era do seu dever comunicar o plano macabro às autoridades ou aos seus superiores, razão e fundamento da custódia prévia.

Como bem acentuou o douto procurador no seu parecer, o problema é saber se os indícios de autoria e participação podem gerar a decretação da medida cautelar.

Indiscutivelmente, o próprio paciente confessa o seu conhecimento e encontro com o co-réu, com o autor da chacina e o teor das suas conversas, bem como conhecimento do assalto ao Banco do Brasil. Proclama a sua ligação com os autores dos crimes e o envolvimento do seu nome por vingança. Resulta, de modo indubitado, a ligação do paciente com os criminosos, o conhecimento do assalto ao Banco do Brasil, a perseguição pelo sargento Almir — silente a tudo, sem cumprir o dever legal de denunciar às autoridades responsáveis, na condição de policial militar.

Mesmo afastando-se, caso possível, outras razões invocadas na fundamentação do decreto de custódia prévia, cuidando-se de policial militar, responsável pela garantia da tranquilidade social e da ordem pública, envolvido na participação de crimes, tal como ressaltam as informações com base na prova recolhida nos autos, está desfigurado o motivo da impetração para a consequência que se lhe quer emprestar — a liberdade do paciente.

Evidentemente, o decreto de custódia prévia está fundamentado, tanto quanto necessário, para reconhecer encontrar-se o paciente à margem da garantia constitucional assegurada no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, sem divergência de votos, em indeferir a ordem.

Salvador, 26 de abril de 1994. Moacyr Pitta Lima — Presidente. Raymundo Vilela — Relator.

PROCESSO JUDICIAL DE REGRESSÃO DE REGIME. NULIDADE.

Concessão de ofício de habeas-corpus, para anular-se, parcialmente, o referido processo judicial por falta absoluta de defesa. Decisão unânime.

H.C. 19.456-1. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de *habeas-corpus* 19.456-1, da Capital, sendo impetrante e paciente Jorge Melo da Silva.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em conceder, de ofício, o *writ*, para anular, parcialmente, o processo de regressão de regime.

Pretende Jorge Melo da Silva, através da presente ordem, revisão de julgamento judicial, pertinente a procedimento de regressão prisional, quando lhe foi determinado recolher-se à Penitenciária Lemos Brito, em regime fechado, ele que já se encontrava em regime semi-aberto, aguardando julgamento do seu pedido de livramento condicional.

Alega, ademais, que não teve a devida assistência do seu patrono e o

necessário processo legal, o que importa em nulidade da decisão que o considerou como autor de falta grave, por suposto porte de maconha.

Em seu judicioso parecer de fls., que se acolhe e que faz parte integrante desta decisão, a douta Procuradoria de Justiça afirma que há nulidade flagrante no referido procedimento de regressão de regime penal, eis que o digno defensor do paciente nada fez para amenizar a pretensão ministerial, concordando inteiramente com a acusação.

Que, na verdade, o paciente, que parece ser um usuário da droga, não teve defesa no processo em referência.

Daí por que, acolhendo-se, como se afirmou linhas atrás, o judicioso parecer do digno representante do *parquet*, nesta instância, concede-se, de ofício, o *habeas-corpus*, para anular, parcialmente, o processo de regressão de regime, dando-se oportunidade ao paciente de fazer prova em sua defesa, aguardando, em regime fechado, o final das investigações, em face de sua fuga.

Decisão unânime.

Salvador, 4 de abril de 1995. José Alfredo — Presidente e Relator.

RECURSO DE HABEAS-CORPUS. IMPROVIMENTO.

Concede-se habeas-corpus preventivo quando a autoridade policial conduz as investigações de modo irregular.

Rec. de H.C. 11.247-0. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e dis-

cutidos os presentes autos do recurso de *habeas-corpus* 11.247-0, de Castro Alves, sendo recorrente o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de Castro Alves e recorrido Antonio Luiz Borges Alexandre.

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

Ao relatório da sentença de fls. 17/18 acrescenta-se que a ordem de *habeas-corpus* foi concedida e interposto recurso de ofício.

Neste Tribunal, os autos foram distribuídos para a Primeira Câmara Criminal.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

A sentença é confirmada pelos seus próprios fundamentos (vide fl. 18).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do recurso, porque as investigações policiais estavam sendo conduzidas de modo irregular (vide fls. 24/25).

Realmente, o recurso é improvido, porque a acusação contra o paciente é descabida e a ameaça de prisão era desnecessária. As investigações policiais estão sendo conduzidas de modo irregular (vide fls. 11/12).

Com essas razões, nega-se provimento ao recurso.

Salvador, 28 dezembro de 1993.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. Jatahy Fonseca — Relator.

REGRESSÃO DE REGIME DO SEMI-ABERTO PARA O FECHADO. HABEAS-CORPUS.

A regressão do regime, sendo um ato que traz consequências de monta ao apenado, deve ser precedida do necessário processo judicial, assegurando-se ao paciente o direito da mais ampla defesa. Ordem que se defere, rejeitada a preliminar de não-conhecimento, para que seja assegurado ao paciente o retorno ao regime semi-aberto, onde, nessa situação, possa defender-se daquilo de que é acusado. Decisão unânime.

H.C. 13.261-8. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 13.261-8, da Capital, sendo impetrante o Bel. Pedro Milton de Brito e paciente Marcos Wilson Reale Lemos.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em rejeitar a preliminar de não-conhecimento do *writ* e, no mérito, em deferir a ordem.

Cuida-se de uma ordem de *habeas-corpus* preventivo, impetrada pelo Bel. Pedro Milton de Brito, em favor do apenado Marcos Wilson Reale Lemos, que se diz ameaçado com um mandado de prisão e recolhimento à Penitenciária Lemos Brito, prolatado pelo meritíssimo juiz de direito da Vara de Execuções Penais, que determinou a regressão do regime de execução da sua pena, cumprida atualmente em regime aberto.

Alega-se uma coação ilegal, decorrente da decisão extrema, sem a instrução do procedimento regular e próprio, previsto na Lei de Execuções Penais.

Com a inicial, junta o ilustre impetrante várias peças xerocopiadas da Vara de Execuções, dentre estas, fases dos procedimentos disciplinares, pareceres sobre o seu bom comportamento como albergado, parecer do egrégio Conselho Penitenciário, favorável à sua liberdade condicional, mandado de prisão expedido contra o paciente e julgados da mais alta corte de Justiça que o favorecem naquilo que está pleiteando.

A liminar pretendida, na inicial, não lhe foi concedida.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 123/126, preliminarmente, opina no sentido do não-conhecimento do *mandamus*.

Mas, no mérito, se conhecido for o *writ*, manifesta-se pelo seu deferimento.

A preliminar de não-conhecimento da ordem impetrada, *data venia* do entendimento do digno representante do *parquet*, não procede, diante dos inúmeros julgados do nosso egrégio Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal, inclusive, alguns deles citados pelo nobre impetrante.

Motivo por que rejeita-se a referida preliminar.

No mérito, assiste inteira razão ao ilustre impetrante, na conformidade do judicioso pronunciamento da douta Procuradoria de Justiça e dos arestos dos nossos tribunais superiores, acostados aos autos.

O digno doutor procurador de justiça, à fl. 125, a esse respeito, com muita propriedade, ressalta: "... Realmente, a tese da impetração quanto à necessidade da instauração de um procedimento

judicial — arts. 194 e segs. da Lei 7.210/84 — com a produção ou não da prova, mas sempre através de um processo na forma legal, é incontestável".

Por seu turno, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, à unanimidade, em acórdão de 24 de agosto de 1993, juntado aos autos, às fls. 37 e segs., pelo impetrante, em declaração de voto do eminente ministro-relator José Cândido, à certa altura, afirma o seguinte: "... O art. 194 da Lei 7.210/84 é claro ao estabelecer que as situações vinculadas às execuções penais são todas desenvolvidas perante o juízo próprio, atendido o princípio do contraditório. Isto evidencia a necessidade de assegurar ao beneficiário do *sursis* o direito de gozar do benefício, usando de ampla defesa contra a sua revogação. Este entendimento da lei vem sendo prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode constatar no voto do ministro Sepúlveda Pertence, na RTJ 132/215, transcrito, em parte, à fl. 161...".

No caso específico dos autos, o paciente estava respondendo a processo disciplinar (administrativo), por ausentar-se, algumas vezes, do recolhimento noturno na Casa do Albergado. Encontrava-se prestes a gozar do benefício do livramento condicional. Só que foi surpreendido com a expedição do mandado de captura, por cometimento reiterado daquelas faltas disciplinares, sem a devida justificativa.

Todavia, tratando-se, como se trata, de regressão de regime do sistema semi-aberto para o fechado, necessário se tornava que fosse instaurado o competente procedimento judicial do art. 194 da Lei de Execuções Penais, com todas as garantias do contraditório, o que não houve, na espécie.

Diante do que defere-se a ordem, para que seja permitido ao paciente recolher-se, retornando ao regime semi-aberto, facultando-lhe o direito de responder ao procedimento judicial, nos termos da lei, com as garantias de ampla defesa, pelas faltas ou ausências inseridas nos procedimentos disciplinares contra ele instaurados.

Decisão unânime.

Salvador, 31 de maio de 1994.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. José Alfredo — Relator.

ROUBO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. CONSUMAÇÃO. IMPROVIMENTO.

Justifica-se o decreto condenatório se o réu foi encontrado com a res furtiva, reconhecido por todas as testemunhas e pela vítima. Consuma-se o crime de roubo com a subtração da coisa da esfera de vigilância da vítima, ainda que por pequeno lapso de tempo.

Ap. Crim. 8.445-1. Relator: Des. JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e discutidos os presentes autos da apelação criminal 8.445-1, da Capital, sendo apelante Edmilson da Paz Almeida e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Inconformada com a condenação do réu, Edmilson da Paz Almeida, a

Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, pedindo a absolvição do réu ou a reforma da sentença para a aplicação da pena de tentativa de roubo.

Alega o apelante não haver prova suficiente para a condenação, uma vez que a confissão do réu na fase policial, por si só, não é suficiente para condená-lo.

A autoria do fato delituoso está sobejamente comprovada nos autos. O réu foi encontrado com a *res furtiva*. Foi reconhecido pela vítima e por todas as testemunhas. O instrumento utilizado para ameaçar a vítima (um caco de garrafa) foi também achado em seu poder. O apelante confessou o crime na fase policial do processo. Diante de todas essas evidências, está plenamente justificado o decreto condenatório.

Assim têm entendido os julgados:

“Se o réu confessou no inquérito e, em juízo, foi pessoalmente identificado pela vítima, justifica-se decreto condenatório pelo crime de roubo” (TACrim.-SP, AC, rel. Papaterra Limongi — JUTACRIM50/375).

Quanto à reforma da sentença para a desclassificação do delito para a forma tentada, também não procede.

A vítima Cleonice Maria de Souza, após ter o seu relógio arrebatado pelo apelante, dizendo-se portador de arma de fogo, correu e gritou. Foi socorrida e encaminhada a um módulo policial. Após a perseguição da polícia, foi o réu encontrado em um ponto de ônibus nas proximidades, “prestes a abordar outra vítima” (fl. 6). Em sua posse, foram encontrados o relógio subtraído e o pedaço de garrafa usado para ameaçar a vítima.

Claro ficou que o delito não foi apenas tentado, mas perfeitamente consumado com a posse tranqüila da *res furtiva*, uma vez que o réu não mais

esperava pela perseguição policial e se preparava para aplicar novo golpe.

Consuma-se o crime de roubo com a subtração da coisa da esfera de vigilância da vítima, ainda que por pequeno lapso de tempo, não importando a subsequente prisão do agente com o produto do crime.

Assim têm decidido os julgados:

"Têm-se por consumado o delito de roubo quando é a coisa retirada com violência da posse e vigilância da vítima, ainda quando o agente tenha sido preso instantes depois com o produto do crime" (STJ, RE, rel. Dias Trindade — *RSTJ* 9/378).

"O roubo já está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha ou não posse tranqüila desta" (STF, RE, rel. Moreira Alves — *RTJ* 125/759).

Com essas razões, nega-se provimento ao apelo.

Salvador, 28 de dezembro de 1993.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. Jatahy Fonseca — Relator.

**TENTATIVA DE HOMICÍDIO.
ABSOLVIÇÃO PELO TRIBU-
NAL DO JÚRI. APELAÇÃO.
PRELIMINAR REJEITADA.**

A decisão dos jurados, absolvendo o réu pelo reconhecimento da legítima defesa, não se mostra contrária à prova dos autos, porque, havendo mais de uma versão, escolheram eles aquela que mais se aproxima da prova existente no processo. Apelo a que se nega

provimento. Decisão unânime.

Ap. Crim. 14.103-5. Relator: Des.:
JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 14.103-5, de Ilhéus, sendo apelante o Ministério Público e apelado José Coelho dos Santos.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação.

Consta da denúncia que no dia 3 de dezembro de 1978, por volta das 16 horas, José Coelho dos Santos, ao dirigir-se para a residência de Arnaldo Paulo dos Santos, na fazenda Nova Aurora, no km 08 da rodovia Ilhéus-Uruçuca, motivado pelo desejo de que Arnaldo, a vítima, fosse até umas pedreiras ver as pedras que se lhe atribuíam, após uma discussão, deflagrou-lhe tiros de revólver e que, defendendo-se, de onde se encontrava, entrou em sua casa e, como o denunciado insistisse em sua agressão, fez fogo com uma espingarda.

Que, somente, nada mais aconteceu porque Arnaldo conseguiu refugiar-se, ficando, assim, incurso o acusado nas penas do art. 121 c/c o art. 12 (14), item II, do Código Penal.

Pronunciado nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, c/c o art. 14, II, do referido diploma legal, foi o réu absolvido pelo Tribunal do Júri, pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa.

Irresignada com o *decisum*, a ilustre representante do Ministério Público, tempestivamente, interpôs o pre-

sente recurso de apelação com fulcro no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, por entender haver sido a tese acolhida pelo Conselho de Sentença, manifestamente, contrária à prova dos autos.

Suscita, antes, uma preliminar de nulidade de julgamento, com fundamento em haver contradição nas respostas dos jurados ao primeiro quesito formulado, ante a proporção de afirmativas e negativas, em relação à quesitação que se seguiu.

O apelo foi contra-arrazoado, às fls. 153/156.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 161/162, opina no sentido da rejeição da preliminar e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela ilustre recorrente, uma vez que não há qualquer contradição, com referência às respostas dos jurados ao primeiro quesito formulado e as demais que se lhes seguiram. Daí por que rejeita-se a preliminar argüida.

No mérito, como bem observa a nobre representante do *parquet*, analisando-se os depoimentos das testemunhas Dalmar, fls. 8 e 43, José Cavalcante de Oliveira, fls. 13 e 131, e José Bispo, fls. 13v, 14 e 42, foram elas unânimes e coerentes em declarar que ouviram dois tiros de espingarda, seguidos de um tiro de revólver e que os primeiros foram desferidos por Arnaldo.

Que Arnaldo estava na sede da fazenda, enquanto o recorrido estava no caminhão, distantes um do outro cerca de 10 metros.

Que elas, testemunhas, encontravam-se a cerca de 30 metros do local do fato e que viram, no dia seguinte, as

marcas de chumbo no caminhão do recorrente.

Diz mais a digna procuradora de justiça que, isoladas e sem comprovação nos autos, restaram as palavras da vítima e de sua mulher, Elva Miranda dos Santos.

É pacífico o entendimento jurisprudencial de que, existindo mais de uma versão nos autos a respeito do evento tido como delituoso, não se mostra contrária à prova dos autos aquela versão escolhida pelo veredito dos jurados, principalmente, quando se apresenta mais verossímil e de acordo com o conjunto probatório.

Do exposto, nega-se provimento ao apelo. Decisão unânime.

Salvador, 4 de outubro de 1994.
Moacyr Pitta Lima — Presidente. José Alfredo — Relator.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DESCLASSIFICAÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. EXCESSO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. APELOS SIMULTÂNEOS. IMPROVIMENTO. NÃO-CONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

Encontrando apoio nos autos a versão acolhida pelo Conselho de Sentença, nega-se provimento ao apelo com o argumento da decisão manifestamente contrária à prova dos autos; não se conhece do apelo formulado pelo réu por omissão da hipótese prevista no Código de Processo Penal. Ocorrida a prescrição, declara-se extinta a

punibilidade.

Ap. Crim. 167/84. Relator: Des.
RAYMUNDO VILELA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação criminal 167/84, da Capital, sendo apelantes e apelados, simultaneamente, a Justiça Pública e José Henrique Oliveira Guimarães.

Como consta do relatório de fls., parte integrante deste, a apelação do Ministério Público, entendendo que a decisão do júri contrariou a prova dos autos, com arrimo no art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, pugna para que seja o réu submetido a novo julgamento; o apelante José Oliveira Guimarães, invocando o art. 593 do Código de Processo Penal (fl. 260), após regularmente intimado para apresentar razões da segunda instância, como pedira, declara como próprias as que serviram de contra-razões do apelo do Ministério Público (fl. 285).

Efetivamente, o Ministério Público, em minuciosas razões, analisa os fatos à luz de todo conjunto probatório, concluindo pela existência de inumeráveis pontos contraditórios das testemunhas e versões conflitantes, sublinhando a preocupação de agradar das testemunhas, sem o objetivo de contribuir para que se fizesse justiça.

Apoiando-se em lições de respeitáveis mestres, sustenta a impossibilidade da tese esposada pela defesa e aceita pelo júri. Afirma que o reconhecimento, pelo júri, de que o réu fora imoderado, culposamente, na repulsa à suposta agressão, representa um absurdo jurídico, correspondendo a mais uma absolvição ou impunidade não contemporizada

em lei. A decisão do júri contrariou, frontalmente, a prova dos autos; daí a necessidade de prover-se o apelo, para mandar o réu a novo julgamento.

As contra-razões baseiam-se, fundamentalmente, na soberania do Tribunal do Júri, assinalando ser o conjunto probatório, em juízo e fora dele, favorável ao apelado.

Sustenta, entretanto, que a sentença comporta reforma, dando o apelado como incurso nas penas do art. 129, § 6º, do Código Penal, levando-se em consideração o arrependimento eficaz ou ação prestada nesse sentido por terceiros a seu pedido, segundo os tratadistas, tudo em razão de haver José Henrique paralisado a ação voluntariamente e prestado, por intermédio de terceiros a pedido seu, socorro necessário à vítima, como consta dos depoimentos de Juvenal Gentil Ribeiro e Ivan Neves Solon (fls. 97/98 e 169).

O apelo do Ministério Público afirma que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, *d*, CPP). A jurisprudência, acertadamente, tem entendido que a hipótese ocorre quando o Conselho de Sentença decide arbitrariamente, dissociando-se do conjunto probatório, só aí justificando-se a anulação do julgamento.

Assim, não contraria a prova quando o Conselho opta por uma das versões apresentadas (TJ-MT, RT 526/442). A decisão que pode ser invalidada é, unicamente, a que nenhum arrimo encontra na prova, sendo lícito ao júri optar por uma das versões verossímeis, numa interpretação razoável dos dados instrutórios, caso em que a decisão deve ser mantida (ver *Processo Penal*, Júlio Fabrini Mirabete, 2. ed., 1993, p. 615/616).

Ora, no caso dos autos, o Ministé-

rio Público sequer concretizou a prova testemunhal, porque não foram localizadas as pessoas na denúncia. Tanto que o Exmo. Sr. Dr. Juiz, ao pronunciar o apelado, assinalou tal circunstância, ressaltando que José Henrique admitira a autoria do fato, alegando que agira para defender-se, justificativa que transferia para o Tribunal do Júri, uma vez que o conjunto probatório não autorizava a absolvição sumária (fl. 182).

Os depoimentos de Ivan das Neves Solon (fls. 97/98) e Juvenal Gentil Ribeiro (fl. 169) autorizam a versão acolhida pelo júri, dando suficiente subsídio para razoável interpretação dos fatos, não sendo arbitrária a decisão de molde a anular o julgamento.

A despeito da discussão doutrinária, extremamente controvertida na atual dogmática sobre o enquadramento das discriminantes putativas, a decisão do júri, reconhecendo excesso culposo na ação praticada por José Henrique Oliveira Guimarães, não afronta a nossa Lei Penal (ver Damásio de Jesus, *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, 1985, v. 1, parte geral, p. 289/291; 469).

Quanto ao apelo de José Henrique Oliveira Guimarães, tendo ele invocado como fundamento o art. 593 (fls.) e chamado as contra-razões de apelação como próprias do recurso, dele não se deve conhecer, porque o motivo da interposição foi omitido. A apelação não mencionou em qual das hipóteses do art. 593, III, do Código de Processo Penal, fundamentava-se o apelo.

O improvimento do apelo do Ministério Público se impõe em homenagem, sobretudo, ao princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, c, da CF).

Entretanto, concretizada a pena

em seis meses de detenção, em 20 de março de 1984 (fl. 254) está extinta a punibilidade de José Henrique Oliveira Guimarães, cumprindo declará-la nesta oportunidade (art. 107, III, c/c o art. 109, VI, CP, art. 61, CPP).

Assim, acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, sem divergência de votos, em negar provimento ao apelo do Ministério Público e não conhecer o de José Henrique Oliveira Guimarães, declarando-se extinta a punibilidade do réu pela prescrição.

Salvador, 22 de novembro de 1994.
Moacyr Pitta Lima — Presidente.
Raymundo Vilela — Relator.

TRÁFICO DE MACONHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

Para trancar-se uma ação penal, sob a alegação de inexistência de prova de participação do paciente no delito, necessário se torna que a prova negativa seja plena e indiscutível, não ensejando qualquer contrariedade, o que não se dá no caso dos autos. Indeferimento da ordem, à unanimidade. H. C. 19.380-2. Relator: Des. JOSÉ ALFREDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 19.380-2, da Capital, sendo impetrante a Bela. Maria Auxiliadora Torres Rocha e paciente Genildo Bernardino Pereira.

Acordam os desembargadores da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em indeferir a ordem impetrada.

Pretende-se, com o presente pedido, o trancamento da ação penal intentada contra o paciente, por tráfico de maconha, sob a alegação de ausência de prova de sua participação.

Consoante esclarece a douta Procuradoria de Justiça, em seu respeitável parecer de fls., ainda que se admita apreciação de prova, no âmbito estreito do *habeas-corpus*, essa deve ser plena e indiscutível. Se há indícios sérios da participação do paciente, deve-se aguardar a prova da defesa que há de se fazer durante a instrução criminal.

Dai por que, acolhendo-se o constante das razões do nobre parecer a que nos aludimos, que passa a integrar esta decisão, indefere-se a ordem, à unanimidade.

Salvador, 28 de março de 1995.
José Alfredo — Presidente e Relator.

**TRANCAMENTO DA AÇÃO
PENAL. MATÉRIA DISCUTÍ-
VEL E DE ALTA INDAGAÇÃO.
INDEFERIMENTO.**

*No processo sumário de
habeas-corpus incabe apreciação
de matéria discutível e de alta
indagação.*

H. C. 11.293-2. Relator: Des.
JATAHY FONSECA.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados, relatados e
discutidos os presentes autos do *habeas-*

corpus 11.293-2, de Miguel Calmon, sendo impetrante Rubens Ribeiro Oliveira e paciente Rogel Almeida Marques.

Acordam os desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por unanimidade, em indeferir a ordem.

Rubens Ribeiro Oliveira, qualificado às fls., impetrou uma ordem de *habeas-corpus* em favor de Rogel Almeida Marques, qualificado às fls., que se encontra sofrendo coação ilegal em razão da denúncia, sem justa causa, contra ele oferecida e recebida pelo meritíssimo juiz de direito da comarca de Miguel Calmon, acusado como incurso no art. 180, § 1º, do Código Penal.

Com a inicial, vieram vários documentos.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações solicitadas e juntou diversos documentos.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da ordem.

Os autos foram examinados e colocados em pauta para julgamento.

É o relatório.

Como salientado no relatório, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo indeferimento da ordem (vide fls. 59/60).

O paciente, juntamente com outros, foi acusado pelo crime de receptação (art. 180, §§ 1º e 2º do CP) porque, "mesmo sabendo das condições pessoais do apelante (um vaqueiro), da própria natureza do bem (gado)..., adquiriram os semoventes ofertados... com preços desproporcionais aos seus valores" (vide demais, fl. 8).

Diz o impetrante que a denúncia

não tem justa causa e incorre em abuso de poder, porque o paciente é uma pessoa séria, leal e de excelente conceito social.

Trata-se de matéria de prova que deve ser analisada, examinada e confrontada no julgamento da ação penal. No processo de *habeas-corpus*, que é sumário, incabe a apreciação de matéria discutível ou de alta indagação.

Com essas razões, indefere-se a ordem.

Salvador, 17 de dezembro de 1993.
Jatahy Fonseca — Presidente e Relator.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME PRATICADO POR MILITAR EM TRAJES CIVIS.

Compete à Justiça castrense processar e julgar militar que, mesmo em trajes civis, mas em "serviço velado" e empregando armamento da corporação, pratica ilícito penal, também, previsto na legislação penal militar. Inteligência do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, e art. 9º do Código Penal Militar.

Ap. Crim. 21.970-7/95. Relator:
Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 21.970-7/95, de Teixeira de Freitas, senão simultaneamente apelantes e apelados o Ministério Público, Jorge Elias Jacob Mattar e Eduardo Venâncio dos Santos.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à

unanimidade, em acolher a preliminar de incompetência da Justiça comum para processar e julgar os apelantes e dar provimento ao apelo para anular o processo, *ab initio*.

Jorge Elias Jacob Mattar e Eduardo Venâncio dos Santos, ambos sargentos da Polícia Militar do Estado, na comarca de Teixeira de Freitas, foram denunciados sob acusação de incursos nas penas do art. 146, § 1º, do Código Penal, porque, no dia 18 de dezembro de 1989, dia em que se apuravam as eleições presidenciais, em trajes civis, em um automóvel Volkswagen tipo Santana, perseguiram e "fecharam" o automóvel em que estavam Valdeci Lopes de Andrade, vice-prefeito municipal, e outras pessoas, saltaram empunhando revólveres, com os quais ameaçaram os ocupantes do veículo "fechado", exigindo-lhes a entrega das armas que portavam.

Recebida a denúncia, que foi devidamente arriada em representação feita por Valdeci Lopes de Andrade, procedeu-se à instrução do processo, tendo, nas alegações finais que ofereceu, o Ministério Público requerido a *emendatio libelli* "dando nova definição jurídica ao delito imputado aos acusados", e, assim, pleiteando suas condenações como incursos nas sanções do art. 6º, § 3º, alíneas *a* e *b*, inclusive a prevista no § 5º da Lei 4.898/65 (fls. 123/126) e os réus, por seus defensores (fls. 134/136 e 145/146), alegando que apenas agiram cumprindo ordens superiores, dentro dos limites de suas funções de policiais, ou seja, no exercício do cumprimento do dever legal, razões pelas quais pediram suas absolvições.

Decidindo, o *a quo* proferiu a sen-

tença de fls. 148/152, em que julgou procedente em parte a denúncia e condenou os réus "à pena-base de 12 meses de detenção, pelo crime previsto no art. 146, § 2º, do Código Penal", pena que se tornou definitiva à mingua de agravantes ou atenuantes, e a ser cumprida na Capital do estado, em regime aberto.

Irresignados com o *decisum*, simultaneamente, apelaram os réus e o Ministério Público.

Os réus, argüindo preliminarmente, com base no art. 109, V, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva e, quanto ao mérito, pretendendo a reforma da sentença apelada, para que sejam absolvidos.

A Promotoria de Justiça, pleiteando o reconhecimento da caracterização da causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 146 do Código Penal e, em consequência, a exasperação da pena aplicada para o dobro.

Em parecer de fls. 158 a 164, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela rejeição da preliminar de prescrição da pretensão punitiva. Não obstante, também preliminarmente, argüiu a nulidade do processo, por incompetência do juízo e, quanto ao mérito, pelo provimento do recurso da defesa e improvimento do apelo ministerial.

É o relatório.

Inteiramente procedentes os entendimentos manifestados pelo ilustre procurador de justiça Dr. José Gomes de Brito, em seu judicioso parecer de fls. 158/164.

Com efeito, a preliminar argüida pela defesa dos réus não merece acolhida.

A alegada prescrição não ocorreu, porquanto teve seus prazos sucessiva-

mente interrompidos. Primeiro com o recebimento da denúncia e, depois, com a publicação da sentença.

Assim é que o crime imputado aos acusados teria ocorrido no dia 18 de dezembro de 1989, e como a pena *in abstracto* prevista para o tipo era de dois anos de detenção, em face do disposto no art. 109, V, do Código Penal, a prescrição se operaria em quatro anos.

Acontece que a denúncia foi oferecida e recebida antes disso, em 2 de abril de 1991, daí, então, iniciando-se nova contagem do prazo prescricional, nos termos do disposto no art. 117, I, do Código Penal.

Portanto, quando a sentença alvejada foi publicada, 30 de março de 1995, a prescrição ainda não se efetivara, dês que ainda não esgotado o prazo de quatro anos previsto no referido art. 109, V, do Código Penal.

Do mesmo modo não ocorreu, pelo menos ainda, a prescrição retroativa consequente da pena em concreto aplicada, prevista no art. 110, § 1º, do Código Penal, porque a sentença ainda não transitou em julgado para a acusação, nem improvido o recurso por ela interposto.

Pela rejeição da preliminar, pois, é o voto.

Quanto à preliminar de nulidade do processo *ab initio*, argüida pelo doutor procurador de justiça, por beneficiar os réus, merece ser admitida e acolhida, sem que com isso se esteja ignorando a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, sendo os réus sargentos da Polícia Militar estadual, ao praticarem os atos julgados tipificadores do crime previsto no art. 146, § 2º, do

Código Penal, mesmo sem estar fardados, estavam em "serviço velado" e cumprindo ordens do oficial no comando regional da corporação, armados com revólveres pertencentes ao Batalhão Militar a que estavam servindo, conforme comprovam os ofícios de fls. 60 a 119, remetidos pelo comando do 13º Batalhão da Polícia Militar, evidente que só poderiam ser processados e julgados pela Justiça Militar.

A Justiça comum era incompetente para processá-los e julgá-los, *ex vi*do disposto nos arts. 125, § 4º, da Constituição Federal, e 9º, II, f, do Código Penal Militar.

Segundo determina a lei, os crimes militares devem ser julgados pela Justiça castrense e caracteriza-se como militar o crime que, embora previsto na legislação penal comum, também esteja capitulado na legislação penal militar.

Por seu turno, o entendimento jurisprudencial referente ao assunto é que o crime praticado por militar em serviço, ou mesmo fora dele, contanto que com emprego de armamento ou material pertencente à corporação militar, é crime militar e, como tal, a Justiça castrense é que é a competente para processar e julgar seu autor.

Pelo exposto, acolhendo o parecer do eminente procurador de justiça, o voto é no sentido de acolher-se a preliminar de incompetência da Justiça comum para processar e julgar os réus e anular-se o processo *ab initio*, determinando-se sua remessa para o juízo competente.

Salvador, 21 de dezembro de 1995.
Wanderlin Barbosa — Presidente e Relator.

FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CARACTERIZAÇÃO. CONDE- NAÇÃO EXTRA PETITA.

Impossível a condenação pela prática de crime descrito na denúncia apenas com animus narrandi, mas não incluído no pedido inicial de condenação, nem nas alegações finais do Ministério Público. O fato implica em surpresa que impossibilita o réu de defender-se, contrariando princípio constitucional. Para caracterização do crime de quadrilha ou bando é imprescindível a associação de mais de três pessoas ligadas pelo dolo específico de, em caráter permanente, estável e organizado, cometerem infrações penais.

Ap. Crim. 21.706-7/95. Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 21.706-7/95, de Santo Antônio de Jesus, figurando como apelante Robson Oliveira Irmes e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, em dar provimento ao apelo, para, da sentença recorrida, excluir-se a condenação do apelante também como incurso nas penas dos arts. 155, *caput*, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, pelas razões seguintes.

Relatório de fls. 289/290, lido na íntegra.

Conforme visto, o apelo está fundamentado nas alegações de que, pela prática de um único crime de furto, o apelante foi penalizado duas vezes, e

que o crime de formação de quadrilha a ele também imputado não ficou configurado nem provado, e, mesmo se caracterizado, não o teria sido na forma agravada do parágrafo único do art. 288 do Código Penal.

Pleiteia, pois, o apelante a reforma do *decisum a quo*, para excluir-se da pena fixada o *quantum* relativo às condenações pelos crimes tipificados nos arts. 155, *caput*, e 288, parágrafo único, do Código Penal.

Tem razão o apelante.

Conforme se vê às fls. 2 a 5, ele foi denunciado apenas como incurso nas penas dos arts. 155, § 4º, I e III, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal. Isto é, por haver, em companhia de um comparsa, furtado um toca-fitas e outros objetos de um veículo Fiat Uno de propriedade do Sr. Bernardo Pereira de Araújo.

Apenas com *animus narrandi* que na referida denúncia foi mencionado o anterior furto de um automóvel Fiat Prêmio e outros carros, mas isso somente para indicar a condição dos denunciados como integrantes de uma quadrilha especializada em furtos de veículos.

Tanto foi assim que a mesma promotora de justiça que ofereceu a denúncia ofereceu, também, as alegações finais de fls. 215 a 219, reiterando o pedido para que a denúncia fosse julgada procedente e Robson condenado, evidentemente, apenas como incurso nos arts. 155, § 4º, I e III, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal.

O réu, por seu defensor e por sua vez, segundo se constata nas alegações finais oferecidas, fls. 221 a 223, defendeu-se exclusivamente das acusações referentes aos crimes de formação de quadrilha e furto qualificado, tendo este

sido praticado quando do furto do toca-fitas do Fiat Uno.

Verifica-se, portanto, que nem a acusação pública, nem a defesa consideraram em julgamento o fato referente ao anterior furto de um automóvel Fiat-Prêmio.

A condenação do apelante pela autoria de tal delito, indiscutivelmente, foi equivocada, inclusive inconstitucional e contrária ao determinado na Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, dès que do fato sequer houve esboço de defesa, porquanto não incluído nas acusações nem no pedido de condenação oriundos do Ministério Público.

Quanto ao crime de formação de quadrilha, o exame dos autos demonstra que na decisão guerreada confundiu-se continuidade delitiva, parceria, ajuda mútua de meliantes para, ainda que em ocasiões diversas, mas não organizada e sistematicamente, tirarem proveito da prática de furtos cometidos por um deles. Tanto assim que, conforme o caso, foram diferentes os parceiros.

Como prova da existência da suposta quadrilha, nos autos consta apenas as pouco confiáveis declarações e delações de Fábio Ferreira dos Santos à fl. 92.

Acontece que, se bem analisadas, tais declarações não infirmam a caracterização da quadrilha vislumbrada pelas doutoras promotora de justiça e juíza *a qua*.

Assim é que ele:

a) afirmou que trabalhava com José Rubens, no comércio de fumo em rolo, e que, a pedido deste, ajudara Robson a furtar o toca-fitas do Fiat Uno; que, pela ajuda, receberia 30 mil cruzeiros. Sendo assim, fácil é concluir-se que sua participação no furto foi eventual, e não

consequência de uma função para ele determinada por uma organização criminosa preexistente;

b) afirmou também que nunca viu Rubinho e Robson conversando sobre carros, mas que em outras oportunidades vira Robson entregar três carros a Rubinho para vendê-los e que os dois juntos, certa vez, furtaram um Fiat Prêmio. Os carros furtados foram levados para Sergipe, por Rubinho, que os vendia a alguém que Robson não sabia quem era. De tais declarações constata-se que a suposta quadrilha, pelo menos quando da prática de tais crimes, tinha apenas dois membros: Rubinho e Robson. Robson “puxava” os carros onde os encontrasse, Santo Antônio de Jesus, Feira de Santana, Itaparica, etc., e os entregava a Rubinho ou outro “intrusão” qualquer, que os passava adiante. Mas não havia um consenso anterior entre Robson e outras pessoas para a prática dos furtos, que eram praticados por ele sozinho ou com auxílio de alguém fazendo “bandeira”. Praticado o furto, é que a *res furtiva* era entregue a alguém para vendê-la. Não havia uma sociedade permanente, organizada, formada para a prática de tais crimes;

c) afirmou ainda que Robson não conhecia Brasilino, nem sabia a quem eram entregues os veículos que furtava por conta própria e encarregava Rubinho de vendê-los.

Impossível, pois, admitir-se a configuração do tipo do art. 288 do Código Penal sem a comprovada existência de uma associação estável, permanente, com a finalidade de cometerem infrações penais, de pelo menos quatro participantes.

No caso, inquestionável que só dois indivíduos tinham uma ligação rela-

cionada com a prática de furtos de veículos: Robson e Rubens, aquele “puxando” os veículos e este “passando-os” a terceiros.

Os demais denunciados apontados como integrantes do bando, segundo indicado nos autos, apenas em alguns acontecimentos, ora uns, ora outros, a depender das circunstâncias, tiveram alguma participação nos delitos relacionados no *decisum a quo*.

Dessa maneira, de acordo com a boa doutrina e entendimento jurisprudencial, não se configura o crime de formação de quadrilha ou bando quando não há uma associação estável ou permanente com a finalidade de cometer crimes.

Seus integrantes, no mínimo de quatro, devem estar possuídos de dolo específico. Isto é, devem estar associados para a prática continuada de crimes.

“Deve haver vínculo associativo permanente para a prática de série indeterminada de delitos” (RT 543/350 e 521/425).

Conforme ensina Magalhães Noronha, não se pode cogitar de bando ou quadrilha se ao grupo faltar organicidade, estabilidade e propósito (*Direito Penal*, 9.ed., v.4, p. 93).

Pelo exposto, discordando, *data venia*, do entendimento do doutor procurador de justiça, o voto é no sentido de dar provimento ao apelo de Robson Oliveira Irmes, para reformar-se a sentença do primeiro grau, para dela excluir-se a condenação do apelante como incurso também nos arts. 155, *caput*, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal e, em consequência, diminuir-lhe a pena privativa da liberdade para dois anos e três meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento de 30 dias-

multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime.

Salvador, 9 de novembro de 1995.
Aloísio Batista — Presidente. Wanderlin Barbosa — Relator.

HOMICÍDIO. CO-AUTORIA. DECISÃO CONTRÁRIA À PRO- VA DOS AUTOS.

Não comprovada satisfatoriamente a contribuição consciente do apelante para a prática do crime, não é possível atribuir-lhe a conduta de co-autor. Nosso ordenamento jurídico não acolhe a teoria da responsabilidade penal objetiva. Havendo dúvidas quanto à contribuição dolosa e eficiente, como causa, do acusado, na prática do homicídio, em seu favor, no mínimo, deve-se decidir in dubio pro reo. Apelo provido.
Ap. Crim. 21.332-7/95. Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 21.332-7/95, de Ilhéus, sendo apelante Carlos Roberto Lima e apelado o Ministério Público.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, em dar provimento ao apelo para submeter-se o réu, ora apelante, a novo julgamento pelo júri, pelas seguintes razões.

Relatório de fls., lido na íntegra.

No caso, *data venia* do entendimento do ilustre procurador de justiça, é

procedente a irresignação do apelante.

Conforme mostram os autos, o réu foi julgado culpado e incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c o art. 29, *caput*, ambos do Código Penal. Isto é, por co-autoria em crime de homicídio.

Acontece que o réu sempre negou que de qualquer modo houvesse contribuído para a prática do homicídio praticado por um menor inimputável, e por isso excluído da relação processual.

A contribuição para o delito, atribuída ao réu, foi que ele emprestara ao autor do homicídio a faca com a qual o crime foi praticado.

Nos autos, porém, está plenamente comprovado, e foi ponto indiscutível até para a acusação, que o ora apelante não se encontrava presente no local e no momento em que o crime foi praticado.

Por seu termo, a alegação da Promotoria de Justiça, de que o apelante havia fornecido ao menor homicida a faca usada como instrumento do crime, não resultou satisfatoriamente provada.

Ao fato, sempre negado pelo apelante, apenas referiram-se o menor-infrator e uma testemunha. Mas, mesmo assim, nenhum dos dois declarou que o apelante deliberadamente cedera a faca ao menor para que este cometesse o crime, nem que tivesse conhecimento de que seria usada para tal desiderato.

Desse modo, mesmo que verdadeiro o fato do apelante, ao despedir-se de um amigo depois de uma farra, haver-lhe emprestado uma faca, e, com esta mesma faca, momentos depois, o amigo assassinasse um desconhecido qualquer, sua conduta (do apelante) não deve ser tipificada como de partici-

pante consciente na prática do homicídio.

Nosso ordenamento jurídico não acolheu a teoria da responsabilidade penal objetiva.

Sendo assim, ao condenar o réu, o júri decidiu contra a prova dos autos, ou melhor, sem suficientes provas de sua participação no crime praticado por terceiro.

No mínimo, em favor do acusado, o júri deveria tê-lo absolvido com fundamento no universal princípio do *in dubio pro reo*.

Ex positis, dá-se provimento ao apelo de Carlos Roberto Lima, para que seja submetido a novo julgamento pelo júri.

Salvador, 9 de novembro de 1995.
Aloísio Batista — Presidente. Wanderlin Barbosa — Relator.

HOMICÍDIO. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. PRONÚNCIA. FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS.

O autor de lesões que resultaram mortais não pode alegar, em seu favor, que a morte da vítima foi consequência da falta de oportuno socorro médico. Inexistindo provas indiscutíveis da existência de discriminante, o réu deve ser pronunciado. A interposição equivocada de um recurso por outro, se de boa-fé e efetuada dentro do prazo previsto para a espécie, não impede seu conhecimento.

Rec. Crim. 19.726-8/95. Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes

autos de recurso criminal em sentido estrito 19.726-8/95, de Pojuca, sendo recorrente Renildo Leal Cardoso e recorrido o Ministério Público.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, pelas razões a seguir, em conhecer o recurso e lhe negar provimento.

Renildo Leal Cardoso, na comarca de Pojuca, foi denunciado por incurso nas disposições do art. 121, *caput*, do Código Penal, por haver:

“No dia 2 de dezembro de 1994, cerca de 10 horas, em frente ao armazém de Antonio Biriba, existente na localidade de Miranga, município de Pojuca, o ora acusado, sem qualquer motivo justificável, disparou o revólver Taurus, calibre 38, que portava, contra José Moura Alves, atingindo-o na região mamária esquerda e provocando-lhe a morte horas depois, conforme prova o laudo de exame cadavérico de fls.” (*sic* fl. 2).

Recebida a denúncia, a ação penal então deflagrada foi devidamente instruída e, após o oferecimento das respectivas alegações finais, a doutora juíza de direito prolatou a sentença de fls. 130/131, em que julgou procedente a denúncia e pronunciou o réu como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal.

Irresignado com a decisão, o réu, por seu defensor, tempestivamente, recorreu.

Ainda que equivocadamente tenha rotulado seu recurso como apelação, quando na verdade se trata de recurso em sentido estrito, com ele o recorrente pleiteia a reforma da decisão guerreada, para que o crime imputado

ao réu seja desclassificado de consumado para tentado e o réu absolvido. Isto porque, argumenta, a vítima só morreu porque não foi oportunamente socorrida, além do que o réu, quando atirou nela, agiu em legítima defesa própria.

Em suas contra-razões, a Promotoria de Justiça, preliminarmente, manifestou-se pelo não-conhecimento do recurso, por isso que interposto como de apelação, embora fosse caso iniludível de recurso em sentido estrito, e, quanto ao mérito, opinou pelo seu improvimento.

Por sua vez, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 145 a 148, opinou pela rejeição da preliminar argüida pelo recorrido e, quanto ao mérito, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Irresignado com a sentença prolatada pela doutora juíza de direito titular da comarca de Pojuca, pronunciando-o como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal, Renildo Leal Cardoso, por seu defensor, equivocadamente, apela, com fulcro no art. 593, I, do Código de Processo Penal.

Não obstante, em obediência ao princípio da fungibilidade dos recursos adotados por nosso direito, o pseudo-apelo deve ser conhecido como recurso em sentido estrito, o que de fato e de direito é, interposto com respaldo no art. 581, IV, do Código de Processo Penal.

Sobre o assunto, o art. 579 do Código de Processo Penal é muito claro e definitivo:

“Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

Sendo assim, de acordo com o parecer da douta Procuradoria de Justiça e sem voto divergente, rejeita-se a preliminar de não-conhecimento do recurso argüida pela recorrida.

Quanto ao mérito, a pretensão do recorrente carece de apoio legal, doutrinário, jurisprudencial e decorrente da prova dos autos.

Assim é que o art. 13, *caput*, do Código Penal estabelece a relação de causalidade adotada por nossa lei penal. Isto é, prevê e determina que:

“O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Evidente, portanto, que, no caso em tela, a causa da morte da vítima foram as lesões nela produzidas pelo réu, e não a circunstância de ser ou não oportunamente socorrida.

Se a vítima morreu em consequência dos ferimentos sofridos com os disparos de revólver contra ela deflagrados pelo réu, não há como admitir-se que o crime praticado foi o de tentativa de homicídio, e não o de homicídio consumado.

Nos autos, a materialidade e autoria do crime são indiscutíveis. Aquela comprovada pelos exames cadavéricos de fls. 26/27 e 38 e seguintes; e esta, pelos depoimentos de todas as testemunhas do crime e confissão do próprio réu.

Por seu turno, a boa doutrina e a reiterada e pacífica jurisprudência de todos os tribunais pátrios, de maneira uniforme, entendem que, nos crimes contra a vida, o juízo natural é o Tribunal do Júri Popular. Pelo que, a não ser

que existam provas estremes de dúvidas, de que o acusado, em sua conduta incriminadora, tenha agido sob a égide de qualquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, o juiz monocrático deve pronunciar o réu, transferindo para o júri, o juízo natural dos crimes contra a vida, a competência e a oportunidade de efetuar o julgamento e proferir a decisão final. Para tanto, basta que nos autos existam provas da materialidade do crime e suficientes indícios da autoria. E, no caso, mais que suficientes indícios, há certeza absoluta da autoria.

Indiscutivelmente, nos autos inexistente prova estreme de dúvidas de que o réu tivesse atirado contra a vítima em legítima defesa própria, usando moderadamente de meios necessários para repelir uma agressão injusta, atual ou iminente. Razão pela qual, a decisão do *a quo*, pronunciando-o para ser julgado pelo júri, foi uma decisão acertada, que merece ser mantida.

Ex positis, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria da Justiça, conhece-se o recurso, mas nega-se-lhe provimento.

Salvador, 17 de agosto de 1995.
Gérson Pereira — Presidente.
Wanderlin Barbosa — Relator.

INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ARQUIVAMENTO. RECURSO STRICTO SENSU.

Não se conhece o recurso, por falta de previsão legal para sua interposição. Ditames da Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal.

Rec. em Sent. Estr. 19.029-4/95.

Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito 19.029-4/95, da Capital, sendo recorrente o Ministério Público e recorrido José Roberto de Almeida Teles.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, pelas razões a seguir, em não conhecer do recurso, por isso que não prevista na lei sua admissibilidade.

O soldado PM José Roberto de Almeida Teles, no dia 24 de dezembro de 1991, fardado, viajava em um ônibus que fazia o trajeto Iitororó-Vitória da Conquista.

Em certa altura do percurso, o coletivo foi assaltado por três meliantes que, armados com revólveres, roubaram dinheiro e objetos dos passageiros, inclusive o revólver marca Taurus, calibre 38, n. 10.881.634, de propriedade da Polícia Militar do Estado, e que na ocasião era portado por José Roberto Teles.

Como a referida arma estivesse irregularmente nas mãos de Roberto, isto porque ela lhe fora fornecida, mediante carga, para ser usada apenas no serviço do dia 20 de dezembro de 1991, devendo ser descarregada no mesmo dia, o comando do batalhão a que estava subordinado o infrator determinou a abertura de Inquérito Policial Militar.

Devidamente instruído o IPM, chegou-se à decisão final de que o soldado José Roberto de Almeida Teles, conquanto vítima de assalto a mão ar-

mada, por sua desobediência às normas de serviço referentes a carga e descarga de material bélico de propriedade da Fazenda estadual, dera causa ao roubo do revólver que portava indevidamente, pelo que era condenado a indenizar a Fazenda pública com o pagamento, em dobro, do valor da arma roubada.

Mas que não cometera nenhum crime, caracterizada sua conduta apenas como "falta disciplinar de natureza leve, pelo que permanecia no bom comportamento".

Em seguida, o IPM foi encaminhado à Auditoria Militar do Estado, dele dando-se vista ao Ministério Público que, por sua Coordenadoria da Central de Inquéritos, requereu o seu arquivamento, dês que o acusado apenas infringira norma disciplinar do Regulamento da Polícia Militar, não chegando, contudo, a praticar o delito previsto no art. 259 do Código Penal Militar (fl. 36).

O doutor juiz-auditor acatou o requerimento do *parquet* e determinou o arquivamento do IPM. Isto no dia 10 de fevereiro de 1994 (fl. 38).

Incompreensivelmente, dois anos depois, em 25 de fevereiro de 1994, a promotora de justiça, então servindo na Justiça Militar, negando a unidade do Ministério Público, com fulcro no art. 516 do Código de Processo Penal Militar, recorreu em sentido estrito da decisão que determinou o arquivamento do IPM (fl. 40).

As razões recursais da recorrente, fl. 45, extemporaneamente, foram oferecidas já por outro promotor de justiça, que entendeu que o acusado infringira o art. 259, parágrafo único, do Código de Processo Militar.

Sem ter intimado o recorrido para

contra-arrazoar, o *a quo*, fundamentadamente, manteve a decisão recorrida e ordenou a subida dos autos ao Tribunal *ad quem*.

Em parecer de fls. 51 a 55, a douta Procuradoria de Justiça opinou, preliminarmente, pelo não-conhecimento do recurso e, quanto ao mérito, na improvável hipótese de rejeitar-se a preliminar, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Indiscutíveis, no caso, a procedência e propriedade das alegações e argumentos manifestados pelo preclaro procurador de justiça Dr. José Gomes de Brito, em seu judicioso parecer, de fls. 51 a 55.

Com efeito, conforme explicitado pelo ilustre procurador:

a) "O recorrido não foi intimado para contrariar o recurso, fato que vulnera o princípio do contraditório. Mas não lhe acarretará prejuízo porque o recurso não pode ser conhecido" (*sic* fl. 52).

E assim é. O fato não deve ser encarado além de mera irregularidade, dês que nenhum prejuízo trará ao recorrido, considerando que ao recurso falcem condições para prosperar e ser provido.

b) "... Nem o art. 581 do Código de Processo Penal comum e nem o art. 516 do Código de Processo Penal Militar contemplam o recurso em sentido estrito do despacho do juiz que acolhe requerimento formulado pelo promotor de justiça e determina o arquivamento de Inquérito Policial Militar".

E, continua sua excelência:

"... é cediço o entendimento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que o despacho do magistrado que, atendendo requerimento formulado pelo

promotor de justiça, determina o arquivamento de inquérito policial ou peças de informação, é irrecorrível”.

Júlio Fabrini Mirabete, em *Código de Processo Penal Interpretado*, S. Paulo, Atlas, 1994, p. 69, ensina:

“— O despacho em que se arquivava o inquérito policial ou peças de informação, a pedido do Ministério Público, é irrecorrível” (*sic* fl. 53); e mais, “o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da Súmula 524, decidiu:

— arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas” (*sic* fl. 54).

Ex positis, acolhendo a preliminar argüida pelo doutor procurador de justiça, em seu lúcido parecer de fls. 51/55, não se conhece do recurso ministerial, por carência de previsão legal para sua interposição.

Salvador, 24 de agosto de 1995.
Gérson Pereira — Presidente.
Wanderlin Barbosa — Relator.

JÚRI. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO SOB A FORMA TENTADA PARA A SUA MODALIDADE SIMPLES. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

Somente quando de todo em todo improcedentes, as qualificadoras da denúncia devem ser excluídas da pronúncia, ao júri incubindo apreciá-las, por imposição constitucional, consoante o princípio in dubio pro societate.

Rec. Crim. 15.612-3. Relator: Des. GILBERTO CARIBÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso criminal 15.612-3, da comarca da Capital, sendo recorrido Henrique Gonçalves e recorrente o Ministério Público.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado em dar provimento ao recurso.

Incorpora-se a este o relatório da sentença de pronúncia de fl. 79 dos autos, lido na íntegra.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra a sentença de pronúncia proferida pelo meritíssimo juiz de direito da 1ª Vara do Júri desta comarca, nos autos da ação penal 9.731/89, em que é recorrido Henrique Gonçalves.

Em suas razões recursais, sustenta o recorrente, em síntese, que o recorrido praticou um delito de homicídio sob a forma tentada, mediante dissimulação, espécie delituosa desclassificada pelo *a quo* para a modalidade simples, com a seguinte argumentação: “... no entanto, como advoga a defesa, não merece acolhida a qualificadora proposta pelo Ministério Público na denúncia e reiterada nas alegações finais”. Pede, por isso mesmo, a reforma do *decisum*.

Em contra-razões, por ilustre defensor, alega o recorrido, numa síntese, que a decisão atacada há de ser mantida, porque ceifou os exageros acusatórios, uma vez que a qualificadora da “dissimulação” não se mostra evidente nem mesmo na peça inicial, pugnando,

assim, pelo improvimento do recurso.

O *a quo* manteve o decisório à fl. 93.

Manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça às fls. 97/101, opinando pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Revela a prova dos autos que o recorrido e a vítima foram concubinos e tiveram uma convivência pontilhada de discórdias, razão pela qual Luzia de Menezes Ribeiro, a vítima, resolveu-se pela separação do casal.

No dia do fato, o recorrido procurou reconciliar-se com sua ex-companheira, não obtendo êxito. Momentos depois, encontrando-a na porta de uma barraca na qual estiveram juntos, às 18h15min, aproximadamente, dela aproximou-se o recorrido sem expressar qualquer hostilidade; antes, como a dar mostras de afeto, abraçou-a ...

E quando a enlaçou num abraço, passou a vibrar-lhe diversos golpes de faca (cinco), deixando-lhe cravada no peito a arma utilizada, fugindo em seguida.

Dos depoimentos constantes do processo (fl. 7/62, vg.) verifica-se que a ação do réu foi insidiosa, dissimulada, colhendo a vítima desprezada, sem dúvida.

E, se assim é, ao magistrado cumpre submeter a apreciação da circunstância qualificadora ao júri popular, e não "julgar" a pretensão ministerial com adjetivação imprópria para a sentença de pronúncia, *data venia*, que a doutrina e a jurisprudência pátria recomendam seja proferida em linguagem moderada.

Ex positis, adotando como razões de decidir o bem lançado parecer de fl.,

da lavra do eminente procurador de justiça Bel. José Gomes Brito, o voto é no sentido de reformar a sentença de pronúncia, dando-se provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de que o juiz natural para a causa (o Tribunal do Júri) decida-a, sem a interferência dos juízos de valor do *a quo*.

Salvador, 1º de junho de 1995.
Gérson Pereira — Presidente. Gilberto Caribé — Relator.

LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 574, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

"Da decisão concessiva do benefício da liberdade provisória tem cabida o recurso voluntário previsto no art. 581, V, parte final, do Código de Processo Penal. Não assim o recurso obrigatório disciplinado no art. 574 do Código de Processo Penal e em leis especiais". Não-conhecimento do recurso.

Rec. de H.C. 19.247-2. Relator: Des. GILBERTO CARIBÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de *habeas-corpus* 19.247-2, da comarca da Capital, sendo recorrido José Jorge de Oliveira Lima e recorrente o juiz de direito da 1ª Vara do Júri da Capital.

Acordam os desembargadores componentes da Segunda Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da

Bahia, pelo não-conhecimento do recurso.

O advogado Artur José Pires Veloso, devidamente qualificado, requereu uma ordem de *habeas-corpus* em favor de José Jorge de Oliveira Lima, perante o meritíssimo juiz de direito da 1ª Vara do Júri desta comarca, indicando como autoridade coatora o senhor delegado titular da 1ª Circunscrição Policial desta cidade, que determinou a prisão do paciente com inobservância de formalidades legais.

Ao exame do petitório, fazendo remissão “às predições da Lei 6.416/77, diz o *a quo*: “Resolvi transformar o pedido de *habeas-corpus* em liberdade provisória, devendo em favor do acusado ser expedido o competente alvará de soltura, ao *referendum* do posterior parecer do Ministério Público”.

Reassumindo o exercício das suas elevadas funções naquele juízo, o magistrado José Cícero Landim Neto ordenou a subida dos autos a esta instância, chamando à colação o art. 574, I, do Código de Processo Penal.

Manifestando-se nos autos, o doutor procurador de justiça, com assento nesta Câmara, opina pelo improvimento do recurso oficial.

É o relatório.

O ilustre magistrado Mário Alberto Simões Hirs concedeu ao réu o benefício da liberdade provisória, “ao *referendum* do posterior parecer do Ministério Público”, e conforme “as predições da Lei 6.416/77” (*sic*).

Não se trata, pois, segundo a clara redação do despacho de fl. 11, de sentença concessiva de *habeas-corpus*, sendo incabível, por isso, aplicar-se ao caso a disposição do art. 574, I, do Código de Processo Penal, *data venia*.

Ante o exposto, parece-nos que a hipótese não é de improvimento do recurso, *data venia* da douta Procuradoria de Justiça, e, sim, de não-conhecimento do recurso necessário.

É o voto.

Salvador, 20 de abril de 1995.
Gérson Pereira — Presidente. Gilberto Caribé — Relator.

LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITOS.

O habeas-corpus não é via admitida para tentar-se a reforma de decisão judicial que indeferiu pedido de livramento condicional.

H.C. 26.038-4/95. Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 26.038-4/95, da Capital, em que figuram como impetrante o Bel. Abdon Antônio Abbade dos Reis e paciente Gervásio Fernandes.

Acordam os desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por sua Turma Julgadora, à unanimidade, em negar deferimento ao pedido, pelas razões a seguir.

O Bel. Abdon Antônio Abbade dos Reis impetra *habeas-corpus* em favor de Gervásio Fernandes, de quem alega encontrar-se custodiado na Penitenciária Lemos Brito, cumprindo pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado.

Entende o impetrante que, pelo

simples fato de o paciente já haver cumprido um terço da pena a que foi condenado, passou a ter indiscutível direito, nos termos do disposto nos arts. 83 do Código Penal e 131 da Lei de Execuções Penais, ao benefício do livramento condicional.

Entretanto, ao requerer a concessão do benefício, foi surpreendido com a decisão do doutor juiz da Vara de Execuções Penais, que lhe indeferiu o pedido.

Dessa maneira, considerando que a decisão do doutor juiz de direito, ora indicado autoridade coatora, caracteriza flagrante constrangimento ilegal ao direito de ir e vir do paciente, impetra o presente *writ*, pleiteando seu deferimento para que o Tribunal *ad quem* conceda a esperada liberdade compromissada.

Prestando as informações que lhe foram solicitadas, o doutor juiz da Vara de Execuções Penais esclareceu que indeferira o pedido do paciente acolhendo os pareceres da Comissão Técnica de Classificação e da Promotoria Pública, que concluíram pelo indeferimento do pleito por "inexistência de condições subjetivas capazes de assegurar a reinserção social do paciente" (fls. 15/16).

Colhido o parecer da douta Procuradoria de Justiça, o Dr. Manoel Ferri andez Cordeiro manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

No caso, conforme visto, o pedido fundamenta-se na alegação de que o indeferimento pelo juiz da Vara de Execuções Penais, do pedido de livramento condicional do paciente, constitui constrangimento ilegal reparável pela via do *habeas-corpus*, dês que o

ofendido, por já haver cumprido um terço da pena a que foi condenado, era detentor de imposterável direito ao livramento condicional.

Acontece que, segundo disposto nos arts. 83 do Código Penal e 131 da Lei de Execuções Penais, para efeito de concessão de livramento condicional, a circunstância do postulante já ter cumprido um terço da pena não vai além de configurar o preenchimento de requisito temporal. Requisito por si só insuficiente, pois, para o deferimento da pretensão, necessário se torna, também, que, a critério do Conselho Penitenciário, o postulante preencha os requisitos subjetivos capazes de assegurar sua reinserção social.

In casu, o pleito do paciente foi conhecido, examinado, avaliado e decidido com absoluta observância dos procedimentos legais e processuais previstos para a hipótese.

Evidente, portanto, que o alegado constrangimento ilegal não ocorreu.

Não pode ser considerado ilegal o constrangimento resultante da correta aplicação da lei.

O paciente não teve ilegalmente prejudicado qualquer direito líquido e certo à sua liberdade.

Sendo assim, considerando que não houve ilegalidade na decisão que indeferiu seu pedido de liberdade condicional, incontestável que contra tal decisão não cabe impetração de *habeas-corpus*.

O *mandamus* não é via própria para discutir-se a justiça ou injustiça de decisão judiciária; nem o mérito das provas e dispositivos legais que lhe serviram de suporte, e, sim, o aspecto de sua legalidade.

Além disso, conforme disposto no

art. 197 da Lei de Execuções Penais, de decisão judiciária denegatória de pedido de livramento condicional, o recurso cabível é o agravo, e não o *habeas-corpus*.

Incontestável, portanto, a procedência do entendimento manifestado pelo ilustre procurador de justiça, à fl. 19 de seu lúcido parecer, *verbis*:

“É cediço que, no âmbito do *habeas-corpus*, não se efetua investigação probatória, não podendo este remédio extraordinário substituir, ao deus-dará, os recursos próprios, conforme a sucumbência”.

Ex positis, acolhendo na íntegra o parecer do doutor procurador, o voto é pelo indeferimento da ordem.

Salvador, 29 de fevereiro de 1996.
Gérson Pereira — Presidente.
Wanderlin Barbosa — Relator.

PRISÃO PREVENTIVA. DES-FUNDAMENTAÇÃO.

“Impõe-se a revogação da custódia cautelar cuja fundamentação carece de razões substanciais que a recomendem. Inteligência dos arts. 312 e 315 do Código de Processo Penal”.

H.C. 18.929-5. Relator: Des. GILBERTO CARIBÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 18.929-5, da comarca de Mata de São João, sendo impetrante Adson César Improta de Santana e paciente Edmilson Santos de Santana. Acordam os desembargado-

res integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em deferir o pedido.

Trata-se de uma ordem de *habeas-corpus* requerida pelo advogado Adson César Improta de Santana, devidamente qualificado, em favor de Edmilson Santos de Santana, indicando como autoridade coatora o meritíssimo juiz de direito da Vara Crime da comarca de Mata de São João (BA).

Alega o impetrante, em síntese, que o paciente está a sofrer coação ilegal, haja vista que o *a quo* endereçou-lhe desfundamento e desnecessário decreto de prisão preventiva, “tendo em vista a garantia da ordem pública”. Aduz, ainda, que o paciente é primário, de bons antecedentes, etc., satisfazendo, assim, as condições objetivas estabelecidas em lei para se ver processar em liberdade. Cita doutrina e jurisprudência atinentes à espécie dos autos.

Requisitadas as informações, prestou-as a ilustre autoridade indigitada como coatora, esclarecendo que a decretação da medida atacada teve o escopo de garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal, pondo em relevo que o paciente é autor de crime hediondo (art. 121, §2º, II), encontrando-se pronunciado.

Manifestando-se às fls. 66/70, em bem elaborado parecer, o excelentíssimo senhor doutor procurador de justiça opina pelo deferimento da ordem, após metucioso exame do decreto prisional, considerando-o desfundamentado e desnecessário. Em abono da sustentação, cita doutrina e jurisprudência.

É o relatório.

Como notado pelo nobre procurador de justiça, com assento nesta Câmara, o doutor juiz *a quo* entendeu ser

necessária a custódia prévia do paciente, como garantia da ordem pública, assim justificando-a: "Tenho que a prisão preventiva do acusado deve ser decretada para garantir a ordem pública. Não é sem tempo que a sociedade brasileira clama por penas mais severas para determinados tipos de delitos e a esses reclamos somam-se os momentos de inquietação por que passa toda a sociedade brasileira".

Em termos de "fundamentação", é o que há para ler no decreto!...

Como se vê, não há o apontamento de fato capaz de dar sustentação à medida extrema que tem o paciente como destinatário. E as informações não se prestam para suprir lacunas do decreto prisional...

Doutra parte, é o paciente primário, de bons antecedentes, etc., satisfazendo, portanto, os requisitos legais para se ver processar em liberdade. Manifesta é, pois, a desvalia jurídica do decreto de prisão preventiva mantido na sentença de pronúncia, esta, de sua vez, também imotivada quanto à necessidade do *carcer ad custodiam*.

Expositis, adotando como razões de decidir o bem lançado parecer de fls. da lavra do eminente procurador de justiça Bel. José Marinho das Neves Neto, somos pelo deferimento da ordem requerida.

É o voto.

Salvador, 31 de agosto de 1995.
Gérson Pereira — Presidente. Gilberto Caribé — Relator.

**ROUBO EM CO-AUTORIA.
SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

Alegação de fragilidade das provas que levaram à condenação. Preliminar do Ministério Público na segunda instância pelo não-conhecimento do apelo, em face da não-apresentação das razões recursais. Rejeição da preliminar. Improvimento do recurso, no mérito.

Ap. Crim. 14.040-3. Relator: Des. GILBERTO CARIBÉ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal 14.040-3, da Capital, sendo apelado o Ministério Público e apelantes Manuel Nascimento da Conceição e outro.

Acordam os desembargadores da Segunda Câmara Criminal, integrantes da Turma Julgadora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sem voto discrepante, incorporado no aresto o relatório de fl., rejeitada a preliminar argüida pela Procuradoria Geral de Justiça, em negar provimento ao recurso, pelas razões enunciadas a seguir:

Preliminarmente, opina o ilustre doutor procurador de justiça pelo não-conhecimento do apelo, uma vez que o apelante não apresentou as razões recursais.

A sustentação de sua excelência tem certa relevância, considerando-se que ao vencido deveria incumbir, em recorrendo, dizer dos motivos que o levaram a discordar do *decisum*. O silêncio é um contra-senso ...

Entretanto, a disposição do art. 601 do Código de Processo Penal é taxativa:

"Findos os prazos para as razões, os autos serão remetidos à

instância superior, com as razões ou sem elas ...”

A jurisprudência pátria, prevalentemente, assim tem decidido:

“Apelação de sentença condenatória manifestada por escrito pelo condenado, mas que não veio a ser arrazoadada por omissão do defensor, produz, no prazo, o efeito de recurso regularmente oferecido; por isso, deve subir, com ou sem as razões, tal como dispõe o art. 601 do Código de Processo Penal” (STF - v. *RT* 556/428; no mesmo sentido: *RT* 676/309; *RJTJERG* 148/137; *TARSSAERG* 65/108).

Destarte, conheço o recurso.

Observe, doutra parte, que a ilustre doutora promotora de justiça deixou de apresentar as contra-razões, alegando desconhecer as razões do apelante.

A prática, *data venia*, não é salutar, pois chega a sugerir a existência de uma causa de nulidade do processo (art. 564, III, *d*, CPP) ...; em situações que tais, à acusação pública incumbe promover a defesa da sentença, genericamente, haja vista que em alegações finais pugnou pela procedência da ação.

Mas, uma interpretação mais liberal da questão leva à compreensão de que, sendo o Ministério Público uno, a existência do parecer da Procuradoria de Justiça induz à sanção da falha.

No mérito.

Analisando-se o processo, atentamente, tem-se que a sentença recorrida não merece correção. Em verdade, o presente caso, de conformidade com o parecer de fl., do eminente procurador de justiça, caracteriza, sem qualquer dúvida, um crime de roubo consumado.

A negação da autoria do fato, feita pelos apelantes em juízo, não elidiu o

acervo probatório do processo. A prática delituosa está evidenciada nos autos não só através da confissão extrajudicial do primeiro denunciado (fl. 7), como pelas declarações da vítima (fl. 88) e depoimentos de fls. 90, 115 e 154. Em consonância, o interrogatório judicial do segundo denunciado, que diz ter sido atingido por disparos de arma de fogo, no interior do estabelecimento da vítima, durante o “assalto ...”, embora não saiba quem o atingiu ...

As circunstâncias do delito revelam que os autores e seus comparsas, integrantes de conhecida quadrilha, são portadores de periculosidade. Daí, não houve excesso na apenação, consideradas as diretrizes do art. 59 do Código Penal.

Procede, assim, a pretensão punitiva proposta pela inicial acusatória, razão pela qual, acolhendo o parecer de fl., nego provimento ao recurso.

Salvador, 23 de março de 1995.
Gérson Pereira — Presidente. Gilberto Caribé — Relator.

TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. PACIENTE VEREADOR. INVIOABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 29, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A inviolabilidade prevista no art. 29, VI, da Constituição Federal só alcança o vereador pelas palavras, opiniões, críticas e votos proferidos no efetivo exercício do mandato, e não pela sua simples condição de vereador. Havendo dúvidas de que ofensas assacadas contra a honra alheia,

pelo vereador, foram ou não proferidas nas condições da inviolabilidade determinada no art. 29, VI, da Constituição Federal, não se deve trancar a ação penal instaurada para apuração do fato, porquanto em sede de habeas-corpus não é permitido fazer-se exame aprofundado do mérito de provas.

H.C. 24.574-7/95. Relator: Des. WANDERLIN BARBOSA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus* 24.574-7/95, de Itabuna, sendo impetrantes os Béis. João de Melo Cruz e Maurício Vasconcelos e paciente Davidson de Magalhães Santos.

Acordam os desembargadores, em Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em negar deferimento à ordem impetrada, pelas seguintes razões.

Os Béis. João de Melo Cruz e Maurício Vasconcelos impetram ordem de *habeas-corpus*, com pedido de liminar, em favor de Davidson de Magalhães Santos, vereador do município de Itabuna, que alegam encontrar-se sofrendo constrangimento ilegal por parte do juiz de direito auxiliar da Vara do Júri, Execuções Penais, Menores e Delitos de Imprensa da comarca, consubstanciada no fato de haverem recebido quatro denúncias em que o paciente foi acusado de incurso nos arts. 20, 21 e 22 c/c o art. 23, II, da Lei 5.250/67.

Entendem os impetrantes que o recebimento das denúncias e a instauração das respectivas ações penais foram procedimentos atentatórios à inviolabi-

lidade do paciente, assegurada nas disposições do art. 29, VI, da Carta Magna, porquanto as palavras e conceitos por ele emitidos e considerados injuriosos, difamatórios e caluniosos pelo ofendido foram proferidos no exercício pleno do mandato de vereador, em plenário e na Comissão de Direitos Humanos da Câmara de Vereadores de Itabuna, motivo pelo qual pleiteiam o trancamento dos processos, então deflagrados, porquanto conseqüentes de denúncias oferecidas sem justa causa.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 9 a 26 e 38 a 49, ou seja: xerocópias das denúncias e de atas de sessões da Câmara de Vereadores de Itabuna, etc.

Examinados os autos e constatando neles estarem presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, ensejadores da concessão da pretendida liminar, concedêmo-la, determinando a suspensão do andamento das ações penais em causa, até o julgamento definitivo deste *writ*.

Solicitadas informações ao juiz de direito indicado autoridade coatora, prestou-as o juiz auxiliar da Vara do Júri, Execuções Penais, Menores e Delitos de Imprensa de Itabuna, esclarecendo que recebera as denúncias porque, segundo o disposto no art. 29, VI, da Constituição Federal, vereadores são detentores de inviolabilidade de natureza material e não processual, como senadores e deputados. Isto é, só são invioláveis por votos, palavras e opiniões acontecidas no exercício da vereança, e não em entrevistas ou declarações concedidas a jornais e emissoras de rádio, como foi o caso (fls. 59 a 61).

Com as informações, vieram os documentos de fls. 62 a 85, isto é, xerocó-

pias das denúncias e das representações do ofendido.

Em parecer de fls. 98 a 103, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo deferimento da ordem.

É o relatório.

Como visto, a fundamentação do *writ* baseia-se em que, por haver recebido as denúncias oferecidas contra o paciente, o doutor juiz de direito auxiliar da Vara do Júri, Execuções Penais, Menores e Delitos de Imprensa da Itabuna, autoridade indicada coatora, negou vigência ao art. 29, VI, da Constituição Federal. Isto é, negou que o paciente, vereador do município e comarca, tivesse direito à inviolabilidade parlamentar pelas palavras, opiniões e críticas proferidas em sessões da Câmara de Vereadores e em reuniões de sua Comissão de Direitos Humanos.

Acontece que o mesmo ilustre advogado impetrante deste *mandamus*, por ocasião da defesa prévia que ofereceu em um dos processos deflagrados contra o paciente, fls. 21 a 26, — e deve tê-la reproduzido nas outras três ações penais — admite que, com efeito, palavras e conceitos ofensivos à honra do doutor juiz de direito da Vara de Menores da comarca foram proferidos pelo ora paciente, apenas que elas não chegaram ao ponto de caracterizar crime de calúnia.

Disse, naquela ocasião, o eminente advogado:

“11 — No caso sob exame, ao contrário do quanto afirmado da prefacial acusatória, não se imputou ao magistrado a prática de qualquer delito. Houve, sim, procedentes ou não, críticas ao seu comportamento em casos onde se tratava especificamente de ações versando

sobre adoções por estrangeiros, senão, vejamos:

12 — O núcleo do tipo penal inesculpido no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente seria ‘promover’ ou ‘auxiliar’ a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior.

13 — Pois bem. No texto sob debate não existe nenhuma afirmação do denunciado dando conta de que a vítima tivesse ‘promovido’ ou ‘auxiliado’ qualquer ato tendente àquele fim” (fls. 24 e 25).

Como se vê, o digno advogado apenas sofismou, tentando fazer crer que, por não ter empregado literalmente os núcleos verbais promover e auxiliar, para indicar a conduta do ofendido, não teria praticado o fato típico previsto no art. 20 da Lei 5.250/67.

Do mesmo método dialético usa o ilustre causídico para tentar isentar o paciente da conduta típica de ter acusado o ofendido de dolosamente ter negligenciado de seus deveres, para possibilitar adoções irregulares, *verbis*, fls. 25:

“14 — No caso *sub judice* merece consideração a situação pessoal do denunciado, que, em verdade, é um leigo em matéria de direito, não sabendo com exatidão o sentido de expressões como dolo e culpa.

15 — É a própria gênese das declarações e falta de intenção de se imputar ao magistrado qualquer crime, e, no mesmo compasso, de por igual, injuriar ou caluniar. O que talvez houve foram críticas, acertadas ou não, em processos de adoções eventualmente deferidos sem a existência de *animus* naquele sentido”.

Entretanto, merece salientado, em nenhuma parte de seu arrazoado o ilus-

tre profissional referiu-se a que tais críticas e opiniões, além de proferidas, pelo paciente, no exercício da edilidade, não tivessem sido reiteradas, continuamente, pelo edil, em entrevistas concedidas a jornais e emissoras de rádio, visando promoção pessoal em detrimento da honra alheia.

Pela correta exegese do art. 29, VI, da Constituição Federal, a inviolabilidade ali preconizada só acoberta os vereadores pelas palavras, opiniões, críticas, etc., proferidas no exercício da função, mas não os torna inatingíveis pela lei e pela Justiça, se, fora do exercício da edilidade, visando sensacionalismo, promoção pessoal ou outros fins não confessados, denegrirem a honra alheia.

In casu, de maneira meridiana-mente clara, transparece a intenção do paciente de desacreditar, desmerecer, aviltar a honra pessoal e a conduta profissional do ofendido.

Tanto assim que não se limitou apenas aos pronunciamentos feitos nas sessões da Câmara de Vereadores e reuniões da sua Comissão de Direitos Humanos, pelos quais era inviolável. Foi além. Como simples cidadão, reiteradamente, entre os dias 17 e 19 de setembro de 1995, seguidamente, deu quatro contundentes entrevistas, sendo duas a jornais e duas a emissoras de rádio locais.

Ora, as denúncias cujo recebimento foi considerado procedimento injusto e ilegal pelos ilustres impetrantes, fls. 62 a 85, não se referem a que as condutas incriminatórias ali descritas fossem ofensas assacadas à honra subjetiva do juiz de direito da Vara de Menores da Comarca, acontecidas na Câmara de Vereadores, sim, em entrevistas concedidas e declarações prestadas a jornalistas

e radialistas, para serem levadas ao conhecimento público.

Como tais acusações não tivessem sido contestadas, e sim confirmadas nas respectivas defesas prévias, conforme já demonstrado e comprovado, é que as denúncias foram recebidas e as ações penais instauradas.

Em verdade, nisso não houve qualquer ilegalidade, porquanto:

“Palavras e afirmações proferidas por vereador, fora de suas funções públicas (...), em entrevistas à imprensa, ainda que embutidas de eventual interesse moral, porquanto não afeto ao próprio e específico exercício do mandato, não podem ensejar o reconhecimento da imunidade, em face da natureza restritiva da norma constitucional que a prevê, pois a inviolabilidade ali tratada é exclusiva às manifestações do vereador no exercício do mandato” (*RJDTA Crim.-SE*, 1/72).

E mais:

“A inviolabilidade estabelecida pela Constituição de 1988 visa assegurar ao vereador condições psicológicas e emocionais favoráveis ao desempenho do seu direito-dever de crítica e fiscalização que é inerente aos parlamentares, contudo, não se conferindo, ao seu titular, uma liberdade de palavras sem limites, necessitando, por outro lado, uma justa avaliação da perfeita correspondência entre a garantia e os atos do paciente ser objeto de cuidadoso exame de prova ministrada nos autos da ação penal, razões pelas quais deve o *writ* ser denegado (Ba.Câm. do TACrim.-SP, *H.C.* 195.848-3, rel.-juiz Fabio de Araújo, *JBCr.* 32/92)” (fls. 60 e 61).

Sendo assim, torna-se evidente que o ponto a discutir-se no presente *writ*

é se as ofensas à honra do ofendido de fato aconteceram e, em caso afirmativo, se o ora paciente as proferiu acobertado, ou não, pelo manto protetor da inviolabilidade parlamentar prevista no art. 29, VI, da Constituição Federal.

Ora, como isso, além de ser matéria que depende de aprofundado exame das provas, o que não se permite em sede de *habeas-corpus*, tais provas, como seja a decodificação de gravações radiofônicas e originais ou cópias das dos jornais onde as matérias foram publicadas, não constam destes autos, o que as impossibilitam de ser apreciadas e avaliadas.

Desse modo, para chegar-se ao deslinde da questão, óbvio que se torna indispensável a instrução dos processos para tal fim deflagrados, porque, segundo orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça “em sede de *habeas-corpus* somente é

possível trancar-se a ação penal por falta de justa causa se, prontamente, desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou se acha extinta a punibilidade” (R.H.C. 1.885-2 — São Paulo — rel.-min. Costa Lima, RT 664/281, in RSTJ 74/104, de outubro de 1995).

Trancar-se as referidas ações penais, portanto, seria apenas uma maneira de impedir a apuração dos fatos e a correta interpretação e aplicação da lei atinente à espécie, especialmente do art. 29, VI, da Constituição Federal.

Pelo exposto, *data venia* da opinião do ilustre procurador de justiça, o voto é no sentido de indeferir a ordem impetrada, cassando-se a liminar concedida.

Salvador, 21 de dezembro de 1995.
Wanderlin Barbosa — Presidente e Relator.

SENTENÇA

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. JÚRI. RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA PELA 2ª INSTÂNCIA.

Juiz de Direito da Comarca de Santa Teresinha.

Vistos, em decisão.

A representante do Ministério Público, nesta comarca de Santa Teresinha, com base nas peças do inquérito policial de fls. 3/24, denunciou Arnaldo Pinheiro de Souza, devidamente identificado, como incurso nas penas do art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do Código Penal, por ter, no dia 11 de setembro de 1987, às 17 horas, no local denominado Cana Brava, deflagrado dois tiros de revólver calibre 22 contra Raimundo Santos Aragão, atingindo-o no braço direito.

Consoante narra a proemial acusatória, "às 15 horas do dia acima mencionado, a vítima e sua esposa caminhavam por uma estrada que conduz a um açude situado em propriedade de um terceiro, quando, por pouco, não foi atropelado pelo denunciado, que trafegava em velocidade incompatível com o local. Horas após, já no açude, desentenderam-se vítima e denunciado por

causa do fato antes ocorrido, culminando em o denunciado atirar, atingindo a vítima, na segunda tentativa".

Auto de exame de corpo de delito (fls. 12 e v). Boletim individual de indiciamento (fl. 19). Relatório da autoridade policial (fls. 20/21).

Citação (fl. 26). Qualificação e interrogatório (fls. 28 e v). Alegações preliminares à fl. 33, onde a defesa requer a inquirição das pessoas já ouvidas na fase inquisitória e reserva-se para pronunciamento final.

Às fls. 80/81, foi ouvida a única testemunha encontrada, tendo a Promotoria Pública substituído o depoimento das demais pelo dos genitores da vítima, conforme notícia o termo de fl. 82 e a assentada de fls. 88/v, onde prestaram declarações a vítima e seu pai.

As partes apresentaram suas alegações finais às fls. 93/94 e 99/110, respectivamente, pedindo o Ministério Público a pronúncia do réu, por entender que a materialidade e a autoria do crime estão comprovadas, enquanto a defesa propugna pela absolvição sumária do acusado.

É o relatório. Decido.

1. Das provas.

1.2. Do interrogatório do acusado.

Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 219/255	Abr./Out.96
------------	----------	-------	------------	-------------

O acusado confirma o incidente na estrada, ressaltando que, em função dos buracos, foi obrigado a passar próximo à vítima e sua esposa, sem risco de atropelá-los, entretanto.

Afirma ainda que, horas após, estava banhando-se no açude, em companhia de um filho menor e empregados, quando surgiu a vítima tentando tirar satisfações sobre o supracitado incidente e, ante a contra-argumentação do acusado, investiu contra este, empunhando um facão, fato de extrema relevância, que não poderia ser omitido na denúncia, já que, a meu ver, justifica e explica os tiros deflagrados pelo réu.

Observe-se que o acusado afirmou em juízo que o primeiro tiro foi desferido com o intuito de advertir a vítima, a qual avançou sobre ele com o propósito de feri-lo. Esta afirmativa, creio, é corroborada com o fato de que este primeiro tiro atingiu a lâmina do facão e não o corpo da vítima.

Inobstante o fato de que o acusado estivesse apontando-lhe um revólver, a vítima continuou a atacá-lo, obrigando-o a desferir o segundo tiro, atingindo-a na altura da axila direita e esta, mesmo ferida, ainda encontrou fôlego para abrigar-se numa ladeira próxima a sua casa, de onde dirigia insultos ao acusado.

Last but not least, aduza-se que o fato do réu estar armado não significa que estivesse disposto ou premeditadamente pronto a usar a arma. Afinal, é sabido o costume das pessoas portarem, na zona rural, os mais diversos tipos de arma, com o propósito de se defenderem de marginais e até animais, considerando serem escuras e desertas as estradas vicinais. Tal medida profilática não deve ser estimulada pelas suas óbvias consequências. Antes,

ao contrário, deve ser reprimida pelas autoridades competentes. Entretanto, na hipótese em tela, não podemos considerar o fato do réu portar arma de fogo como ponto central para sobre ele embasar uma decisão de pronúncia, já que todas as demais provas dos autos conduzem a um homem de temperamento calmo e amigo.

1.3. Da prova testemunhal.

À fl. 80, colheu-se um depoimento crucial, pois esclarece o estado de ânimo da vítima e do acusado nos minutos que antecederam o evento. Verifica-se que a vítima chegou ao açude com o propósito único de tirar satisfações do acusado, no concernente à ocorrência anterior na estrada. Este, por sua vez, respondeu em tom calmo: "Nunca atropeliei ninguém nem hei de atropelar", ao que a vítima, "sem dar qualquer explicação, tirou o facão da bainha, facão este que já trazia em sua mão, apontou em direção ao acusado e disse: — o seu é esse".

Segundo a testemunha Crispim Santana, a vítima não atingiu o acusado por milagre, pois a intenção era mesmo cortá-lo.

Ora, não há ser humano dotado de um mínimo de instinto de sobrevivência que, ao se ver surpreendido em trajes íntimos e ensaboado num banho de açude, com uma possibilidade real e concreta de ver ceifada sua vida, hesite em fazer uso de uma arma que, *in casu*, sequer portava consigo (até porque estava seminu), mas encontrava-se entre os seus pertences, a poucos metros de distância.

À fl. 88v, o pai da vítima presta declarações que, embora não esclareçam como o fato ocorreu, deixam entrever que o declarante exime de responsabilidade o acusado, ao afirmar que seu

filho “não teve nada não” e “que hoje todo mundo é amigo”.

Frise-se que nenhum pai cujo filho tenha sofrido uma tentativa de homicídio age com tamanha condescendência com o autor do crime, se não tiver conhecimento de fatos importantes que excluam a culpa deste, justificando o evento delituoso.

À fl. 88, o depoimento da vítima é essencial para confirmar o entendimento deste juízo, de que o réu deflagrou os tiros numa desesperada tentativa de evitar a própria morte.

A vítima informa que na data do crime estava totalmente embriagada, de forma a se recordar apenas que chegou depois do acusado para tomar banho no açude. Em seu depoimento, observou-se a intenção clara de demonstrar sua amizade pretérita e presente com o acusado, de quem não guarda rancores, o que, mais uma vez, exsurge como fator de estranheza diante de todo o ocorrido.

Afinal, por estar com amnésia alcoólica, como afirmou durante a instrução criminal, não podem ser verdadeiras as suas declarações na fase inquisitória, já que ali espelhou total domínio de memória sobre os fatos ocorridos, certamente com receio de que as investigações policiais tomassem o rumo oposto e o seu algoz se tornasse a sua vítima.

1.4. Do inquérito policial.

Durante o inquérito policial, foram ouvidas testemunhas presenciais que, infelizmente, não foram encontradas, posteriormente, para depor em juízo, o que não invalida a seriedade de tais depoimentos, mormente se considerarmos que eles têm a seu favor a proximidade temporal com o evento danoso.

Assinale-se que estes depoimen-

tos (fls. 7 e 8) comprovam que foi a vítima quem primeiro sacou o facão e investiu contra o acusado, o qual ainda procurou um pau e, não o encontrando, pegou o revólver que estava entre suas roupas, tendo o cuidado de dizer para a vítima, antes de deflagrar o primeiro tiro: “Não venha que eu atiro”. Como a vítima continuasse a se aproximar, atirou.

2. Do comportamento da vítima.

Embora não se possa justificar um crime pelo comportamento de sua vítima, não há dúvida de que o comportamento desta diminui a censurabilidade da conduta do autor do ilícito, implicando em abrandamento da pena.

Na hipótese dos autos, o comportamento da vítima merece ser mencionado apenas para trazer luzes sobre o seu temperamento, hábitos e antecedentes, na medida em que tais circunstâncias possam explicar a sua atitude no dia do delito e a reação do acusado a esta atitude.

Exsurgiu dos depoimentos colhidos e das afirmações da própria vítima que esta era habituada a uso freqüente de bebidas alcoólicas, a ponto de esquecer aquilo que fazia, como na data mencionada na denúncia.

Note-se, por fim, a referência por duas vezes (fls. 28/v e 80) ao fato de que a vítima já pegara numa espingarda com o objetivo de ceifar a vida de Francisco Gomes, sendo impedida por terceiros.

Dessa forma, a menção a tais acontecimentos serve apenas para demonstrar o ânimo da vítima no dia e hora narrados na inicial, quando o seu temperamento belicoso achava-se devidamente misturado ao álcool.

Entendo perfeitamente demonstrado que o *leit motiv* para que o acusado deflagrasse os tiros foi a agressão injus-

ta e atual da vítima à sua pessoa, fazendo-o agir em legítima defesa.

3. Da legítima defesa.

A legítima defesa é uma causa excludente de ilicitude. "A ordem jurídica visa à proteção dos bens juridicamente tutelados. E não só punir a agressão, mas preveni-la. Quem defende, seja embora violentamente, o bem próprio ou alheio injustamente atacado não só atua dentro da ordem jurídica, mas, em defesa dessa mesma ordem. Atua segundo a vontade do direito. O seu ato é perfeitamente legítimo e exclui, portanto, a hipótese de crime ... Não pode ser conforme a idéia do direito que o agente assista impassível à agressão ilegítima do bem próprio ou de outrem" (Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 4. ed., 1984, t. 1/374).

São requisitos para a existência da excludente de antijuridicidade (na terminologia do Prof. Mirabete), prevista no art. 23, II, c/c art. 25, do diploma penal substantivo:

— a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta;

— a defesa de um direito próprio ou alheio;

— a moderação do emprego dos meios necessários à repulsa e

— o elemento subjetivo.

Assim, vejamos:

Na hipótese *sub examine*, está clara a agressão injusta por parte da vítima, que investiu sobre o acusado com um facão numa das mãos para tirar satisfações deste. Não há como negar a reprovabilidade da conduta da vítima, ainda mais que, ante os apelos do acusado para que se acalmasse e conversassem pacificamente, continuou a investida homicida, provocando no acusado uma pronta reação (= agressão atual).

Enfatize-se, outrossim, que o acu-

sado utilizou o único meio que estava ao seu alcance, naquele momento, quando tornou-se evidente e inevitável a agressão por parte da vítima. A reação do acusado foi perfeitamente proporcional ao ataque da vítima, se considerarmos que ambas as armas usadas — facão e revólver — podem ser letais.

Por fim, aduza-se a presença do elemento subjetivo, ou seja, o conhecimento de que estava sendo agredido pela vítima. Assim, "apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser um gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos de sua situação, subjetivo e objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se" (*Direito Penal*, 4. ed., 1984, v. 1, p. 380/381 — Aníbal Bruno).

É vastíssima a produção dos tribunais sobre o tema, valendo a citação de algumas decisões.

"Age em legítima defesa quem, após disparar arma de fogo contra o chão, visando amedrontar pessoa alcoolizada e agressiva, efetua segundo disparo, contra a perna daquela, em face de aumento da belicosidade" (*JUTACRIM-SP* 45/354).

"São perfeitamente compatíveis a tentativa de homicídio e a legítima defesa, pela razão simples de que, se com o homicídio consumado é possível a legítima defesa, com aquele crime não consumado evidentemente não poderá ocorrer a incompatibilidade" (*RT* 379/117).

"A legítima defesa, causa excludente que é da criminalidade, para ser reconhecida, deve apresentar-se clara e precisa, sem qualquer eiva de dúvi-

da. Assim, quando é invocada, a primeira palavra que salta aos olhos do julgador é a do réu, que deve ser convincente, porque, afinal, é pela sua palavra, pela descrição do fato da sua conduta que se irá afirmar se agiu ou não em legítima defesa. Assim, o réu que a invoca jamais procura negar o fato que é fundamental para a defesa, porque, afinal, é desse fato, do seu comportamento, que se poderá inferir se a sua ação comportou-se *secundum jus* (RT424/346).

4. Da conclusão.

Assim, reconheço, sob todos os aspectos, a excludente de criminalidade da legítima defesa invocada pelo acusado, a qual me parece estreme de dúvida, admitindo-se, consoante iterativa orientação jurisprudencial, a absolvição sumária do mesmo, concernentemente à acusação inserida na denúncia.

Diante do exposto, com base no art. 411 do Código de Processo Penal, absolve sumariamente Arnaldo Pinheiro de Souza da imputação que lhe é feita, por reconhecer que agiu sob o pálio a excludente da criminalidade do art. 23, II, c/c o art. 25, todos do Código Penal.

Recorro, de ofício, desta decisão ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em efeito suspensivo.

PRI.

Santa Teresinha, 24 de agosto de 1992. Laura Scalldaferri Pessoa de Campos — Juíza de Direito.

ACÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Lourival Pereira Lima, brasileiro,

solteiro, proprietário, residente na rua Nossa Senhora das Graças, 2-A, Queimadinho, Lapinha, nesta Capital, por seu advogado, propôs ação de reintegração de posse contra Eusínio Alves Gomes, brasileiro, solteiro, advogado, em causa própria, inscrito na OAB, Seção da Bahia, sob o n. 3.833, com escritório no Ed. Barão do Rio Branco, s/613, Av. 7 de Setembro, 88, em Salvador, alegando:

a) que adquiriu, através do Sistema Financeiro de Habitação, junto à Caixa Econômica Federal, o apartamento n. 1.207, do Edifício Pérola, integrante do Condomínio Pedras de Brotas, situado na Av. D. João VI, 1.100, inscrito no Censo Imobiliário deste Município, sob o n. 366.674;

b) que, por procuração pública, outorgou poderes ao acionado para que o mesmo promovesse a transferência do imóvel a terceiros, restituindo-lhe a "importância até então recolhida à Caixa Econômica Federal, devidamente corrigida";

c) que, para sua surpresa e indignação, o réu, ao invés de realizar o negócio, "apossou-se do imóvel", isto desde novembro de 1988;

d) que, em razão desse fato e por não haver recebido o que pagara à Caixa Econômica Federal, pretende ser reintegrado na posse do apartamento.

O demandado foi citado e contestou a ação. Em sua longa resposta, suscita, inicialmente, as seguintes preliminares:

I — inépcia da inicial: essa preliminar não foi acolhida, cujas razões se acham no despacho saneador, à fl. 116 dos autos;

II — carência de ação, uma vez que o autor não provou a sua posse e nem o alegado esbulho, sendo o pedido, juridi-

camente, impossível. Tratando-se de preliminar, que envolve matéria de fato, será, aqui, apreciada;

III — no mérito, aduz, em síntese:

a) que adquiriu a posse do imóvel em questão, “sucendendo legitimamente a seus primitivos ocupantes”. Nessa condição, investido de justo título, “vem promovendo de boa fé e sem oposição de terceiros todos os atos da ocupação, traduzindo na edificação de benfeitorias, pagamento das prestações do imóvel a CEF (em nome do mutuário), tributos à prefeitura municipal — IPTU —, taxas de condomínio e de luz”;

b) que, pelo contrato de fls. 81/83, de cessão de direitos, Heloísa Helena Vilas-Boas Bispo transferiu-lhe “todos os direitos, posse e obrigações”, que ela possuía sobre o apartamento em litígio, fato este ocorrido em 4 de novembro de 1988, pelo preço de Cz\$3.000.000,00, que lhe foi pago;

c) que o autor, em 26 de outubro de 1988, recebeu de Heloísa Helena Vilas-Boas Bispo “o valor correspondente à liquidação do débito de transferência do citado imóvel”, ou seja, a importância de Cz\$200.000,00, conforme documento de fl. 74, depois de haver assinado, em 1º de outubro de 1988, a opção de venda do apartamento em favor da mesma, doc. de fl. 77.

A réplica se acha às fls. 92/96.

O acionado falou sobre os documentos oferecidos com a réplica, refutando-os, juntando, na oportunidade, outros, sobre os quais se pronunciou o demandante.

Saneador, irrecorrido, à fl. 116, designando-se data à audiência de instrução e julgamento, onde foram ouvidas uma testemunha do autor e três do réu.

O debate oral foi substituído por

memoriais, que se acham às fls. 128/140, vindo-me os autos, após o pagamento das custas remanescentes, conclusos, para sentença.

É o relatório.

Carência de ação — Impossibilidade jurídica do pedido.

A análise dessas preliminares envolve o conhecimento do mérito. Isto porque a posse, na ação possessória, é questão de mérito.

Se falta a posse do autor, como alega o réu, a consequência lógica é a improcedência do pedido, e não a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Vê-se, do conjunto das provas dos autos, que o autor requer esta ação, valendo-se, exclusivamente, do fato do apartamento em questão achar-se em seu nome, por força do financiamento que a Caixa Econômica Federal lhe concedeu, quando o adquiriu, em 29 de abril de 1985.

A verdadeira história desse apartamento encontra-se retratada no depoimento de fls. 125/126, prestado por Heloísa Helena Vilas-Boas, que o vendeu ao réu.

Segundo essa testemunha, quando se anunciou, pelo jornal, a venda do apartamento em litígio, ela se interessou e o comprou por Cr\$40.000,00, fazendo o negócio com o Sr. José Barbosa, que lhe exibiu uma procuração, outorgada pelo autor, registrada no Cartório de Títulos e Documentos, e toda documentação do imóvel. Em 14 de maio de 1986, ratificando a venda, o autor assinou uma procuração pública em nome de D. Amélia Barreto Vilas-Boas, mãe da depoente, procuração essa que se acha à fl. 79 dos autos. Diz, ainda, a referida testemunha que não providenciou a transferência do imóvel para o seu nome na época, “por-

que não dispunha de recursos financeiros, passando, *incontinenti*, a morar no apartamento, que se encontrava fechado, e nele permaneceu durante, aproximadamente, dois anos; que, durante os dois anos, pagou o financiamento das respectivas prestações do apartamento, o IPTU e as taxas de condomínio, quando, então, foi procurada pelo autor, dizendo-lhe "que ele havia vendido o apartamento a Barbosa, que o Barbosa não lhe pagou o valor estipulado e queria que a depoente o completasse", exigência essa, pelo seu valor, considerada exorbitante; que, então, resolveu vender o apartamento, negociando com o Sr. Eusínio Alves Gomes, e, embora não se sentisse obrigada, pagou, em cartório, ao autor, através de acordo feito com o mesmo, a importância que ele exigia, cujo recibo se acha à fl. 74 dos autos, no valor de Cz\$200.000,00.

De fato, à fl. 74, encontra-se o citado recibo, datado de 26 de outubro de 1988, correspondente ao preço por quanto o autor deu quitação do débito à D. Heloísa Helena Vilas-Boas Bispo, referente ao pagamento dos seus reclamados direitos sobre o apartamento, em questão, depois de haver assinado, em favor da mesma, a opção de venda do imóvel (cf. fl. 77).

As provas dos autos são irrefutáveis: o réu não adquiriu a posse do apartamento provinda do autor.

A sua posse tem origem em justo título, como sucessor de D. Heloísa Helena Vilas-Boas Bispo, que lhe vendeu. Nessa condição, ele, o réu, vem pagando, desde 1988, as prestações do imóvel à Caixa Econômica Federal (em nome do mutuário), bem como os tributos à prefeitura municipal, as taxas de condomínio e de luz, segundo compro-

vam os documentos de fls. 66/73, 84/89 e 109.

Não interessa, aqui, saber se o autor é ou não "falsificador contumaz", e se já foi, por isso, condenado pela Justiça.

Inegavelmente, ele se prevalece de, ainda, encontrar-se o apartamento em questão em seu nome, para, através desta ação, reintegrar-se em sua posse e vendê-lo, novamente, usando-se de sua má fé!...

Naturalmente, a Justiça não pode acolher a sua pretensão. Até porque a ação possessória não é adequada a essa finalidade.

Ainda que tivesse aplicação, aqui, o disposto no art. 505 do Código Civil, seria forçoso reconhecer, à luz do conjunto das provas dos autos, que o autor já vendeu, por duas vezes, o seu direito sobre o apartamento em litígio!...

Tanto que as prestações do seu financiamento, desde 29 de maio de 1985, são pagas por quem o comprou, como comprovam os documentos de fls. 59/66, 66/73, 84/87 e 109.

Atos esparsos, como pretende demonstrar o autor, por si sós, não caracterizam posse. O que caracteriza a posse é o *animus*.

No caso *sub judice*, quem o tem é o réu, que não praticou esbulho, uma vez que a sua posse sobre o imóvel em questão deriva de justo título, porque ele a comprou de quem o autor havia vendido os seus direitos.

Da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo é este acórdão:

"Possessória — Reintegração de posse. Título aquisitivo de posse. A posse se adquire por qualquer dos modos de aquisição em geral (art. 493, III, do

CC). A compra-e-venda de direitos possessórios é absolutamente legítima, constituindo um modo derivado de aquisição de posse. Esta, a despeito de configurar um fato que se caracteriza pelo seu exercício, comporta perfeitamente transação desta natureza" (*apud* Yussef Said Cahali, à p. 218, de sua excelente obra *Posse e Propriedade*, Saraiva, 1987).

O autor, na ação de reintegração de posse, para obter êxito, deve provar, e não apenas alegar, que lhe tiraram a posse, ou seja, o poder fático sobre a coisa.

Aqui o recibo de fl. 74 prova que o autor vendeu os seus direitos sobre o apartamento em questão à Sra. Heloísa Helena Vilas-Boas Bispo, que, por sua vez, vendeu-o ao réu, como se vê dos documentos de fls. 75, 81/83 e 108 dos autos.

Logo, a posse do réu não lhe foi transmitida pelo autor, mas, sim, pela Sra. Heloísa Helena Vilas-Boas.

À vista do exposto, não se encontrando provados a posse e o esbulho, julgo improcedente a ação, condenando o autor nas custas e honorários de advogado, que arbitro em cinco salários mínimos.

Registre-se, publique-se e intimem-se.

Salvador, 5 de outubro de 1992.
Valdecirio de Oliveira Carneiro — Juiz de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca da Capital.

ACÇÃO DE REINTEGRAÇÃO
DE POSSE.
Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Aderlinda Bezerra da Silva, brasileira, divorciada, de prendas-do-lar, residente e domiciliada no Conjunto Recanto das Ilhas, bloco 567, aptº 204, Ed. Ilha Santo André, Pau da Lima, nesta Capital, por seus advogados, requereu ação de reintegração de posse contra Sebastião Elias da Silva Júnior, brasileiro, casado, do comércio, residente e domiciliado na Rua Daniel Lisboa, 42, Brotas, nesta Cidade.

A autora é proprietária da casa situada na rua Alice Silveira, 11, Parque João XXIII, Rio Vermelho, que lhe coube, na partilha dos bens do seu casamento com Sebastião Elias da Silva, quando do julgamento do seu divórcio, ocorrido em 29 de abril de 1991.

O réu, "estimulado pelo seu pai, vem-se negando a desocupar as duas garagens" que integram o referido imóvel, as quais foram transformadas em oficinas mecânicas, "para reformas e vendas de automóveis", bem como a parte da laje, que lhe serve para sucata das oficinas, "numa ocupação ostensiva e ilícita", uma vez que afasta a presença de qualquer interessado em comprar a casa, alegando que o prédio "está em litígio e que ele não vai desocupá-lo, a não ser por uma boa grana, etc." (*sic*).

Diante da resistência do demandado, foi proposta contra si a presente ação.

Designou-se audiência de justificação prévia, na qual foram ouvidas duas testemunhas, que não esclarecem a data do início do esbulho, como, também, não souberam dizer quando e como a autora perdeu a posse das garagens, transformadas em oficinas pelo réu, razão pela qual não se lhe deferiu a liminar pretendida.

A ação foi contestada com o argu-

mento em que as referidas garagens nunca estiveram na posse da autora, uma vez que o réu as ocupa desde a construção do imóvel, pelo seu genitor, que lhes entregou para nelas desenvolver suas atividades profissionais, “donde auferir renda para o seu sustento e de sua família”.

Que a laje, aqui referida, sempre serviu de depósito de material, cujo acesso ficou impossibilitado, depois que a autora “trancou o imóvel, indo residir em outro local”.

A autora se pronunciou sobre a contestação, refutando a preliminar suscitada.

Aquela preliminar não foi acolhida, como se vê do despacho irrecorrido, de fl. 59.

Depois de cumpridas as formalidades legais, realizou-se perícia, cujo laudo se acha às fls. 63/65.

Na audiência de instrução e julgamento, não foram produzidas provas, substituindo-se o debate oral por memoriais, que se encontram às fls. 77/82 e 83/84.

Após contados e preparados, os autos vieram-me conclusos, para julgamento.

É o relatório.

Trata-se de lamentável questão entre mãe e filho!...

Nas razões finais, o réu “propõe desocupar uma das garagens”, “permanecendo na posse da outra, para que possa trabalhar e tirar o seu próprio sustento”, dizendo que não cria objeção para retirar da laje a sucata, desde que lhe sejam entregues as chaves ou que se lhe abram a porta, “que dá passagem ao setor”.

Ao juiz, afastado das querelas domésticas, a melhor solução seria a com-

posição, que tentou, sem êxito, com os advogados das partes. Afinal, estão envolvidos mãe e filho. Este, ao que parece, orientado pelo pai, para não desocupar as garagens, evitando-se, assim, que a mãe venha a vender o imóvel em questão, que lhe coube, exclusivamente, na partilha dos bens do casal.

Ora, se o pai quisesse proteger o seu filho, deveria ter-lhe doado aquelas garagens. Mas não o fez. Elas, juridicamente, hoje, pertencem à autora, que não as deu, em comodato, ao réu e nem lhas alugou.

O imóvel em questão passou para o domínio da autora em 29 de abril de 1991, quando se julgou o seu divórcio.

Os documentos de fls. 12/14 e 15/16, dos autos, provam que, desde 14 de agosto de 1991, pelo menos, a autora vem pedindo ao réu, seu filho, para que ele desocupe as duas garagens e a laje da casa, que lhe pertencem.

Ora, o art. 524 do Código Civil assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A presença do réu no imóvel, se não fosse uma jogada do seu pai, ex-esposo da autora, seria um estorvo, para que esta não pudesse vendê-lo.

Vê-se, assim, que a sua posse não é de boa fé e, conseqüentemente, não é justa.

O art. 505 do Código Civil introduziu, no nosso direito, a *exceptio domini* ou *exceptio proprietatis*.

Segundo esse dispositivo, apesar de toda celeuma criada em torno de sua aplicação, não se deve julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio.

Isso é uma conclusão óbvia, o con-

trário seria um absurdo.

“O Código está de acordo com a famosa doutrina de Jhering, que, reputando a posse uma exteriorização de domínio e protegendo-a como uma medida complementar da proteção do domínio, não pode deixar de proteger a posse de quem a evidencia, no juízo possessório, que a posse dele exprime o domínio, enquanto que a do outro não pode, positivamente, exprimi-lo” (San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, Ed. Rio, 1979, v.3, p. 83-4).

No caso em julgamento, a alegação de domínio tem cabimento, porque o réu não provou a origem de sua posse. Ele detém, apenas, as garagens, mas não é dono delas.

Se a ocupação da coisa litigiosa deriva do consentimento do seu pai, que não é mais dono do imóvel, sabe-se que “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância”, *ex vi* do disposto no art. 497 do Código Civil.

Autora, aqui, disputa a posse das garagens, como titular do domínio, cuja posse lhe foi transmitida com este, quando da aquisição da casa.

Dispõe a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal:

“Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for disputada”.

Dentre os acórdãos que lastrearam a referida súmula, aquele, com o voto vencedor do ministro Aliomar Baleeiro, rec. extraord. 63.080, tem uma colocação, sem dúvida, interessante:

“Do ponto de vista filosófico, político, acho que se devia permitir, na possessória, o conhecimento do assunto no petitório, porque, afinal, vai devolver-se essa posse do recorrido, para, depois, tomar-se dele a mesma posse, já

que não tem o domínio. Acho que o primeiro objetivo, um dos maiores objetivos da Justiça no Brasil, em qualquer parte do mundo, é que seja rápido. Se leva cinco, 10 ou 20 anos, é uma Justiça injusta. Lembro que a *Revue Trimestrielle de Droit Civil* já tem discutido a conveniência de fundir-se o petitório no possessório. Mas a velha cassação está com o ponto de vista que, até hoje, defendo: o princípio da interdependência entre o possessório e o petitório” (RTJ 44:350 e s., *apud* Yussef Said Cahali, *in Posse e Propriedade*, Saraiva, 1987, p. 696).

À vista das razões expostas, julgo procedente a ação e o faço para reintegrar a autora na posse das garagens e da laje de sua casa, ocupadas, injustamente, pelo réu, que deverá desocupá-las no prazo de 30 dias, sob pena de ter que fazê-lo compulsoriamente.

Condeno-o, mais, a reembolsar as despesas processuais dispendidas pela demandante e a pagar-lhe os honorários advocatícios, estes à razão de três salários mínimos.

Registre-se, publique-se e intimem-se.

Salvador, 23 de setembro de 1993.
Valdecirio de Oliveira Carneiro — Juiz de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca da Capital.

FURTO QUALIFICADO.

Continuação delitiva reconhecida como fator de política criminal. Condenação no quantum mínimo ao agente menor de 21 anos, sendo-lhe concedido o regime aberto, enquanto que ao co-

autor dirigente da atividade delinqüencial, com pena agravada e para cumprimento em regime fechado.

Juiz de Direito da Comarca de Poções.

Vistos, etc.

O representante do Ministério Público, então titular desta comarca, respaldado por inquérito junto e oriundo da Delegacia de Polícia local, ingressou com ação criminal contra Carlos Gutemberg Alves Cardoso e Sebastião Zorante, respectivamente, possuindo 32 e 19 anos de idade, ambos qualificados e com endereços nos autos de numeração referenciada, presos em flagrante e atualmente recolhidos no Presídio Regional Nilton Gonçalves, de Vitória da Conquista, dando-os como incursados nos dispositivos do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal pátrio, em combinação com o art. 71 do mesmo Codex.

Narra a referida denunciatória:

“No dia 6 de dezembro de 1994, por volta das 16h30min, os indiciados penetraram na residência de Sérgio Luís Gusmão, que fica situada na rua Vitória da Conquista, 565, nesta cidade, de lá subtraindo um aparelho videocassete, de Marca JVC, de quatro cabeças, e um blusão de couro.

Consta ainda dos autos do inquérito policial anexo que os indiciados, em data de 25 de setembro do corrente ano, por volta das 10 horas, penetraram na residência de Sandoval Lago França, que fica situada na rua Sargento Mor, 246, nesta cidade, de lá subtraindo um videocassete. Neste mesmo dia, ou seja, 25 de setembro de 1994, os indiciados penetraram na residência de Antonio

Edvaldo Macedo Mascarenhas, que fica na rua Cônego Pithon, s/n, nesta cidade, de onde subtraíram um televisor colorido”.

Alude a peça exordial que, em assim procedendo, encontram-se os indiciados incursos nas sanções dos dispositivos legais retroinvocados, em cujas penas finaliza pedindo que sejam condenados aqueles agentes acusados.

A denúncia mencionada foi recebida pelo respeitável despacho da juíza substituta, em fl. 29, onde designados os interrogatórios dos apontados meliantes, que realizei em 10 de janeiro deste fluente ano, conforme termos de fls. 32/32v e 33/33v dos autos.

Prosseguindo a marcha processual, somente depois de alguns entraves registrados na definição de defensores pelos acusados, o ilustre defensor público que serve nesta região aceitou o encargo de defendê-los, dando ciência pelos moldes vistos em fl. 43, sem arrolar testemunhas e reservando-se para “pronunciamento mais amplo”, que faria nas alegações finais.

Designada audiência das testemunhas arroladas pela Promotoria Pública e redesignada em virtude da ausência do defensor, Bel. Paulo Godofredo Hortélio, realizou-se tal oitiva na nova data, segundo os termos de fls. 60 a 66v do examinado caderno processual. Seguiu-se com a oportunidade de que trata o art. 499 do Código de Processo Penal em vigor, para requerimentos de diligências, aliás, não formulados naquele ensejo. Advieram, depois, as “alegações finais”, de fls. 72/74v, pelo denunciante, e, cindidas, em fls. 91 e 95/98, respectivamente, do acusado Sebastião Zorante, oferecidas pelo defensor público, seqüenciadas das alusivas ao réu Carlos

Gutemberg Alves Cardoso, através do Bel. Walter Evaristo dos Santos, que já antes subscrevera pedido de liberdade provisória em favor do seu constituinte, mediante expediente de fls. 76/77, com documentação acostada, requerimento a propósito do qual, desfavoravelmente, opinou a Promotoria de Justiça, restando inacolhida a pretensão liberatória em despacho de fl. 89v.

Por último, vieram-me conclusos os autos, para prolação de sentença.

É o relatório, no essencial. Decido.

Em finais alegações, primeiramente o Ministério Público afirma que “os acusados confessaram” suas ações criminosas, também confirmadas pelos depoimentos das várias vítimas e das testemunhas que instruíram o feito, de modo que “nenhuma dúvida existe quanto à autoria e à materialidade dos delitos, bem como em relação ao dolo que informou as diversas ações dos réus”.

Inobstante a antecedente sustentação em sentido contrário, a defesa do acusado Sebastião alega que este “não participou de todas as práticas delituosas referidas na denúncia”, para terminar arguindo que, “sendo o objeto que o denunciado apanhou em co-autoria de pequeno valor”, estaria a ensejar a possibilidade de a eventual pena aplicada, em futuro, ser substituída por pena de multa, daí devendo decorrer a expedição de alvará de soltura em favor do mesmo.

Por sua vez, após vasta argumentação com objetivo de descaracterizar as acusações de crime continuado e de que o réu defendente promovera ou dirigira a atividade criminosa, o agente Carlos Gutemberg, por seu bastante advogado, reconhecendo a prática delitiva, conclui, dizendo: “*Houve o delito, foi uma irreflexão, foi uma atitude impensada,*

foi acima de tudo uma fraqueza” (sic— não grifado o original). Disse mais que o “juízo do acusado deve ser feito com maior benignidade” e que seria o réu “*primário e de bons antecedentes*”, para arrematar afirmando que o dano resultou reparado e que “os objetos furtados não foram de grande valor”, com postulação para que tivesse a prevista pena restritiva de liberdade substituída pela pena de multa, pondo-se o agente fora da prisão.

Analisando-se os autos e bem joiado o conteúdo probatório, tenho que a denúncia inicial está suficientemente comprovada. Com efeito, patentearam-se indubitavelmente os cometimentos dos delitos imputados à dupla meliante, não só por suas confissões, na polícia e em juízo, como, ainda, mediante declarações das vítimas e por seguros testemunhos coletados no curso da instrução criminal. Vê-se, pois, textualmente assestado de forma irretorquível.

“Que é verdadeira toda a imputação feita pela denúncia; (...); que, em todos os três casos reportados, os acusados se apresentaram dizendo que tinham ido apanhar os aparelhos para conserto” (interrogatório judicial de Carlos Gutemberg — fl. 32v);

“que assim o acusado Carlos Gutemberg obteve a posse de um televisor e de um vídeo e, enquanto isso, o interrogado permanecia na praça aguardando o retorno do companheiro; que chegava trazendo caixa no ombro e dava tudo ao interrogado que levou a aparelhagem para o ponto de ônibus, ficando na espera da passagem do coletivo; (...); que, finalmente, no dia 6 de dezembro os acusados retornaram a Poções e Carlos Gutemberg repetiu o proceder, tendo conseguido angariar um videocassete

que se achava numa casa da rua da Conquista, fazendo o transporte de tal aparelho também dentro de uma caixa que foi trazida até a praça onde se achava o interrogado, tendo este o levado para o ponto de ônibus” (Sebastião Zorante — interrogatório de fl. 33v);

“que ambos os acusados chegaram à residência do declarante dizendo que tinham autorização deste para apanhar o vídeo com o objetivo de conserto e assim conseguindo ludibriar a empregada do declarante, conhecida por Ilzinha” (Sérgio Luís Gusmão — declarações de fl. 60);

“que, no final de setembro, em um dia de sábado, chegou a sua residência um dos acusados, no caso Carlos Gutemberg Alves Cardoso, procurando Noélia Farias Lopes França, esposa do declarante, onde que este se achava; que, obtida a informação, Carlos ausentou-se do local; que, no dia seguinte, dito meliante voltou à casa do declarante e do interior da mesma subtraiu um aparelho videocassete, marca JVC, posteriormente apreendido e devolvido ao declarante” (Sandoval Lago França — fl. 61);

“... foi vítima do furto de um televisor, posteriormente apreendido e devolvido ao declarante; que, chegando da fazenda certo dia do final do ano próximo passado, a esposa do declarante indagou-lhe se o mesmo havia mandado apanhar o televisor lá na casa, e, diante da resposta negativa, a mesma informou que uma pessoa tinha aparecido lá com recado do declarante e a empregada acabou entregando o televisor à dita pessoa” (declarações de Antonio Edvaldo Macedo Mascarenhas — fl. 62);

“... observou que ambos os acusados estavam defronte da casa de Sérgio

Luís e assistiu quando Carlos Gutemberg adentrou no interior daquela residência; (...); dali saiu com uma caixa debaixo do braço, uma caixa de óleo contendo dentro um videocassete” (testemunho de Clodoaldo Carlos Oliveira — fl. 63);

“por época da subtração de um televisor na casa de Antonio Gordo, a testemunha ali trabalhava quando lá chegou o acusado Carlos Gutemberg, ora reconhecido pela testemunha, que dizia ter a incumbência por Antonio Gordo no sentido de apanhar o televisor para conserto; que, não obstante não soubesse da necessidade do conserto, diante do recado que o acusado transmitiu, deixou que o mesmo levasse a televisão” (testemunha Celidivalva da Silva Costa — fl. 65).

Tudo assim posto, inegável a convicção, pela evidência dos fatos, que Carlos Gutemberg, com habitual proceder, traçara o *iter criminis* e dirigira as atividades delinquentes, remanesce para ser dirimido o apontado aspecto da continuação dos crimes. É realmente certo, no entendimento jurisprudencial dominante, que, “em termos de continuidade delituosa, compreensão estritamente técnica da matéria torna quase impossível, na generalidade dos casos, unificação de penas, levando ao exagero punitivo que a ficção da continuidade procura evitar; ao passo que um entendimento demasiadamente liberal pode desarmar a sociedade, premiando com inadmissível brandura a delinquência contumaz. Daí a necessidade da adoção de uma posição intermédia, sem a fixação de fórmulas ou critérios rígidos, possibilitando uma aplicação casuística com vistas a uma justa individualização das reprimendas, de modo a se conciliarem, na medida do possível, os interesses

dos acusados e as exigências da defesa social” (TACrim.-SP, rel.-juiz Azevedo Franceschini — *in JUTACRIM*6/8).

Examinada a questão focada nos autos, denota-se que o *modus operandi* dos autores nas várias ações delituosas da mesma espécie, aqui em Poções, desenvolvidas ao longo de menos de três meses, forma um todo com feição de continuidade e, no tocante, é deveras esclarecedor o julgado seguinte:

“Três roubos, praticados pelas mesmas pessoas, na mesma cidade, em curtíssimo espaço de alguns minutos, executados de maneira uniforme, estão seguramente a indicar que os subseqüentes são continuação do primeiro delito” (TACrim.-SP, rel.-juiz Lauro Alves — *in JUTACRIM*67/46), até porquanto, como também já decidido naquela corte de justiça e tendo a mesma relatoria, “em tema de crime continuado o fator ‘tempo’ não está adstrito a critérios rígidos, devendo ser interpretado e focalizado à luz das demais circunstâncias das infrações, a fim de possibilitar julgamento equânime, que é o verdadeiro objetivo da ficção legal. Assim, presentes os demais requisitos da continuidade, não há repelir a figura tão-somente ante o decurso de *pouco mais de quatro meses entre os delitos*” (*JUTACRIM* 36/86, com grifos deste sentenciante).

Assim, sem reconhecimento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, do Código Penal, nem como eventual agravante, e, do mesmo modo, não acolhendo a vaga sustentação do cogitado estelionato, pelo uso do cheque constante de fl. 18 deste caderno instrumental de apuração, dada a falta de comprovação satisfatória a respeito dos questionamentos enfocados e expendidos em alegações finais de fls. 72/74v, hei por

acertado, quanto aos demais pontos gizados, julgar procedente a acusação, proferindo, por via de consequência, a condenação dos nominados infratores.

Estes são os fundamentos da decisão exaranda.

Posto isto, julgo parcialmente procedente a denúncia afinal encampada pelo Ministério Público, *in hoc casu*, para condenar os acusados nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal em vigor, combinado com o art. 71, *caput*, da mesma legislação substantiva.

Diante da situação fática estampada à análise feita e da comprovação já apreciada, especialmente atento às diretrizes do art. 59 do Estatuto Penal supra, e atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade dos agentes, aos motivos, às circunstâncias e consequências das ações criminosas, fixo, em relação ao acusado Carlos Gutemberg Alves Cardoso, a pena-base em quatro anos de reclusão, aumentada de um sexto, em face da continuidade delinqüencial reconhecida, e, ainda, agravada em três meses, *ex vi*do art. 62, I, do Codex repressivo, totalizando quatro anos e 11 meses de reclusão a pena privativa de liberdade, cujo cumprimento deverá ter início em regime fechado, na penitenciária estadual, e com aplicação cumulativa da pena pecuniária de 30 dias-multa, no valor montante correspondente a um salário mínimo da ocasião dos fatos; tudo considerando ser o sentenciado referido pessoa que vive em habitual delinqüência, portadora de péssimos antecedentes, talvez podendo já ser reincidente, conforme se depreende da documentação de fls. 104/105 dos autos, elencando verdadeiro rosário de crimes a ele atribuídos, inclusive duas tentativas de homicídio; mas

como as conseqüências do resultado delituoso, como apurado, foram pequenas ou quase nenhuma, com as vítimas recuperando os seus pertences, torno definitiva a pena lavrada, à míngua de outras circunstâncias modificativas e tendo em vista os critérios legais atinentes.

No que tange ao réu Sebastião Zorante, que é menor de 21 anos e sem maus antecedentes informados, além de tecnicamente primário, sendo-lhe de todo favoráveis as circunstâncias judiciais, inclusive militando em seu prol a atenuante relacionada à menoridade, fixo a pena no mínimo de dois anos e quatro meses de reclusão, a ser executada em regime aberto, cumulada com 10 dias-multa, de valor unitário equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época das ocorrências criminosas apuradas, tornando-se desnecessária justificação do *quantum*, na esteira de iterativos julgados respeitantes à matéria (Cfr. *Jurisprudência Mineira*, "Diário do Judiciário" de 02.09.83, *in* acórdão da lavra do des. Freitas Teixeira).

Lance-se os nomes de ambos os réus no rol dos culpados.

Publique-se, registre-se e intimem-se pela forma devida, sendo pessoalmente aos réus, e cumpra-se.

Poções, 27 de setembro de 1995.
Juvino Henrique Souza Brito — Juiz de Direito.

INCIDENTE DE EXECUÇÃO.

Juiz de Direito da Comarca de Itaberaba.

Vistos, etc.

Ademar Almeida de Bulhões, por seu advogado, suscitou incidente de extinção da pretensão punitiva, narrando que fora condenado pelo juízo do primeiro grau a cinco anos e três meses de reclusão, pena esta que fora reduzida, em segundo grau, a três anos de reclusão, tornando-se definitiva.

Requeru o apenado o reconhecimento da extinção da pretensão punitiva, em face da prescrição retroativa da pena, posto que entre a data do acórdão que tornou definitiva a pena e a data do fato delituoso transcorreram mais de oito anos, isso pela técnica do art. 109, IV, do Código Penal brasileiro.

Instado, manifestou-se o Ministério Público pelo indeferimento do pedido (fls. 326 a 330), por entender inexistir correção nos cálculos feitos pelo defensor do apenado.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos para decisão.

É o relatório.

Trata-se de incidente à execução de pena, onde o apenado requer o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em face da operação da prescrição retroativa.

Antes suscitadora de controvérsias doutrinárias, a prescrição retroativa, prevista no art. 110, § 2º, do Código Penal brasileiro é pacificamente aceita como forma de extinção da punibilidade em razão do fim da possibilidade de exercício da pretensão punitiva do Estado, isso em razão do decurso do tempo.

O art. 109 do Código Penal, em seus incisos, taxativamente, delimita a ação da prescrição em prazos de dois, quatro, oito, 12, 16 e 20 anos, contidos entre limites que vão da pena inferior a um ano a superior a 12 anos.

O art. 109 do Código Penal brasileiro é usado tanto para a prescrição em casos de pena *in abstracto*, como para quando a pena já é caracterizada, o que ocorreu na prescrição retroativa.

A prescrição retroativa, conforme preceitua o art. 110 e seus parágrafos, baseia-se na pena concretizada e é contada para trás, observando os limites temporais do art. 109 do Código Penal brasileiro.

Entretanto, para corretamente analisar a efetivação da prescrição, necessário se faz atentar para o quanto previsto no art. 117 do diploma penal, onde estão elencadas as suas causas interruptivas.

Diz o Código Penal:

“Art. 117 — O curso da prescrição interrompe-se:

I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II — pela pronúncia;

III — pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV — pela sentença condenatória recorível;

V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI — pela reincidência.

§ 1º

§ 2º — Interrompida a prescrição, salvo hipótese do inc. V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção”.

A exegese do artigo é curial para a sua perfeita aplicação. Fazendo-a, de forma gramatical, observa-se a clareza da lei, que não excepcionou a prescrição retroativa para a não-aplicação do artigo. De tal forma, mesmo para aplicar-se a prescrição retroativa, deve-se observar os marcos previstos no art. 117 do Código Penal brasileiro.

Como bem explicitou o doutor promotor público, o reconhecimento da prescrição nos moldes do requerido pelo apenado levaria à impunidade a maioria dos criminosos brasileiros.

A matéria é pacífica na jurisprudência e doutrina brasileiras, servindo, como se vê, a lição de Celso Delmanto, *in Código Penal Comentado*, 3. ed., p. 182, Renovar:

“A chamada prescrição retroativa tem seu fundamento legal na remissão do art. 109, *caput*, combinado com os §§ 1º e 2º deste art. 110. É semelhante, em alguns pontos, a prescrição subsequente do § 1º, pois também concerne à pretensão punitiva (‘Da ação’), e se baseia na mesma pena fixada em concreto pela sentença condenatória. No entanto, a prescrição retroativa tem uma diferença fundamental: seu prazo não é contado para frente (como na prescrição subsequente), mas é contado para trás, para o passado (regressivamente), razão pela qual se chama, ‘retroativa’. Com essa ocorrência da prescrição retroativa, fica rescindida (desconstituída) a condenação, que servirá, tão-só, para marcar a quantidade de pena justa, pela qual será aferida a prescrição. Assim, a prescrição retroativa também se vale da pena concreta aplicada pela sentença, mas conta seu prazo para o passado, ‘sujeitando-se às causas de interrupção previstas no art. 117, itens I a IV’... (grifo nosso).

Não tem sustentação jurídica a petição do apenado, apesar de firmada por um dos mais brilhantes profissionais do Direito do Estado da Bahia, pois, conforme se vê da análise do Código Penal brasileiro, a prescrição é contada entre os marcos interruptivos do art. 117, não havendo qualquer exceção.

Quando o § 2º do art. 110 diz que a prescrição pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia, o que leva a contagem à data do fato, isso no presente caso, significa que a contagem deve ser feita entre o marco interruptivo do recebimento da denúncia para trás.

In casu, observa-se que a sentença condenatória do primeiro grau, em razão de recurso da defesa, foi reformada e a pena reduzida de cinco anos e três meses de reclusão para três anos de reclusão. Merece atenção o fato de adequar-se a situação em estudo ao ensinamento de Celso Delmante, na obra já citada, p. 183:

“Caso o réu tenha sido condenado, em primeira instância, a determinada pena, mas em apelação haja sua redução, será esta pena diminuída que regulará a prescrição. Na contagem, porém, não poderá ser desconsiderada a sentença condenatória de primeira instância, como causa de interrupção. Por isso os limites temporais serão contados entre a data do acórdão e a sentença condenatória de primeira instância, entre esta e o recebimento da denúncia ou queixa e sucessivamente”.

De tal sorte, é óbvio e ululante que a pena imposta pelo acórdão e tornada definitiva pelo trânsito em julgado será o referencial para a verificação da prescrição, entre os marcos previstos no art. 117 do Código Penal brasileiro, levando-se em conta a previsão do art. 109 do mesmo diploma. Logo, como a pena concretizada é de três anos, conforme prevê o art. 109, IV, do Código Penal brasileiro, a prescrição opera-se em oito anos.

O acórdão foi publicado em 20 de abril de 1993, e a sentença do primeiro

grau foi entregue em cartório no dia 28 de dezembro de 1989, logo passando-se quatro anos e dois meses, não operando-se a prescrição.

Do dia 28 de dezembro de 1989, data da entrega da sentença recorrível em cartório, ao dia 24 de maio de 1984, data do recebimento da denúncia, passaram-se cinco anos e sete meses, também não operando-se a prescrição.

Diz o § 2º do art. 110 do Código Penal brasileiro, e é nesse aspecto que se prende o renomado defensor do apenado, que o termo inicial para verificação da prescrição pode ser data anterior ao recebimento da denúncia, e isso quer dizer apenas que, *contrario sensu* do que acontecia quando da vigência da Lei 6.416/77, a prescrição não estanca no recebimento da denúncia, conta-se desta a data anterior, que pode ser a do feito.

A prescrição retroativa surgiu com a Súmula 176 do Supremo Tribunal Federal, que determinava que

“a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recursos para a acusação”.

Entretanto, a casuística Lei 6.416/77 restringiu a aplicação da Súmula 146, só sendo aplicada nos casos da prescrição da pretensão executória, impedindo que a prescrição, no entanto, atingisse data anterior ao despacho de recebimento da denúncia.

Como o advento da Lei 7.209/84, que reformou a parte geral do Código Penal, ressurgiu o instituto da prescrição retroativa, que não se confunde com a prescrição da pretensão executória, sendo, sim, prescrição da pretensão punitiva. Há de notar-se que a lei não se limitou a repetir a Súmula 146, antes, de forma

mais liberal e consentânea no momento político vivido, deu-lhe maior abrangência. Assim, surgiram os §§ 1º e 2º do art. 110 do Código Penal, determinando que a prescrição retroativa seja observada, computando-se data anterior ao recebimento da denúncia. Todavia, não determinou a Lei 7.209/84 que não sejam observadas, em tais casos, as causas interruptivas previstas no art. 117 da lei penal.

Ante o exposto, acatando o parecer do ilustre promotor de justiça desta comarca, por entender inexistirem os requisitos para o reconhecimento da prescrição retroativa e para a extinção da punibilidade do apenado, até porque, se houvesse, teria sido reconhecida *ex officio* pelos doutos desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, julgo improcedente o pedido de fls. 310 a 312, devendo continuar o cumprimento da pena e a efetivação da tão clamada justiça.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Itaberaba, 25 de agosto de 1993.
Wolney de Azevedo Perrucho Júnior —
Juiz de Direito Auxiliar.

INTERDITO PROIBITÓRIO. SERVIDÃO DE TRÂNSITO.

Idoneidade quanto ao uso do interdito proibitório, em se tratando de servidão aparente de natureza descontínua. Comprovada a aparência, por atos inequívocos dos proprietários do prédio dominante, a proteção possessória se impõe, independentemente de título, nos termos do art. 509 do

Código Civil, que na hipótese somente exclui as servidões contínuas não aparentes, que não é o caso dos autos. Diferenciação entre servidão de trânsito de que trata o art. 695 do Código Civil e passagem forçada de que trata o art. 559 do mesmo diploma legal. Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal aplicável à espécie. Ação procedente, com expedição do mandado proibitório.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos, etc....

Francisco Augusto da Silva Almeida e sua mulher, Maria Livony Borja Almeida, qualificados na inicial, através do advogado que constituíram *ut* instrumento de mandato de fl. 7, ingressaram neste juízo com a presente ação de interdito proibitório, amparando-se, como informa a inicial, nos arts. 282 e 932 do Código de Processo Civil, alegando que, como legítimos senhores e possuidores do imóvel residencial situado na Avenida Pinto de Aguiar, 301, Patamares, antigo Loteamento Jardim Capistrano, nesta Capital, conforme documentação que instrui a inicial (fls. 8/11), estão sendo ameaçados por prepostos da Empresa Baiana de Águas e Saneamento, no sentido de fechamento de um portão existente no muro que divide o prédio dos autores com um terreno de propriedade da ré, este cercado por fios de arame, que se limita com o Loteamento Jardim Iracema, no mesmo bairro de Patamares.

Que, desde a época em que adquiriu o imóvel e respectivo terreno, fato verificado há cerca de seis anos da propositura da ação (1983), já existia

uma servidão de passagem, com acesso exclusivo, através do portão acima mencionado, como também já existiam as servidões de basculantes, entrada de luz e ar, passagem dos canos de instalações hidráulicas, esgotos sanitários, encravados no terreno da ré (prédio serviente), tudo, inclusive, em conexão com as instalações da casa vizinha, também situada na Av. Pinto de Aguiar, 299.

Que, em face da velada ameaça da ré, em dificultar o exercício pleno e pacífico na referida servidão de passagem, tal como se observa do memorando de fl. 12, e existindo fundado receio de que as ameaças se tornem efetivas, propôs a presente medida judicial, assentando o seu pedido no art. 695 do Código Civil brasileiro, com o pedido da expedição de mandado proibitório, urgente, cominando-se multa cabível, em caso de não-obediência ao preceito legal proibitório, a ser expedido pelo juízo, sem perda de eventual indenização por perdas e danos.

Roga, mais, pela condenação da empresa-ré, quanto aos efeitos da sucumbência, além do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, a serem fixados na sentença cominatória.

Atribuiu à causa o valor de CR\$10.000,00, para efeito de custas e alçadas e fez juntada da documentação e fotografias de fls. 8 *usque* 17.

Contestando a ação, contrapõe a empresa-ré, dizendo que não existiram ameaças, com relação à almejada retirada do muro que serve de passagem aos autores, uma vez que, ao adquirirem um terreno vizinho ao seu, apenas foi permitida a entrada de materiais, pela lateral, quando os autores deram início à construção da casa onde hoje residem. E que a hipótese configura simplesmente uma invasão, em razão do que, em defesa de usufruir de seu

direito de propriedade, pretende apenas a retirada do portão, com erradicação das benfeitorias.

Concluindo a resposta, postula pelo não-atendimento do pedido dos autores, julgando-se a ação improcedente, tendo protestado antes pelas provas necessárias admitidas na espécie e que oportunamente indicaria.

Os autores ainda se manifestaram sobre a contestação (pet. fls. 27/29), ratificando as alegações iniciais, condenando a atitude da empresa em querer fazer desaparecer servidão que onera o prédio dela, que, para os autores, apresenta-se como indispensável ao livre trânsito para a rua lateral, conhecida como Jardim Iracema, como se comprovaria na instrução da ação.

À semelhança da ré, também em sentido contrário, pede a procedência da ação, ratificando tudo aquilo que postulou na peça de incoação processual.

No despacho saneador de fl. 33, deferiu-se, pela sua relevância, a prova pericial, tendo sido nomeado perito do juízo o engenheiro Francisco Albiani, que prestou compromisso à fl. 61, oportunidade em que se facultaram às partes indicação de assistentes técnicos e formulação de quesito, tal como estatuído no art. 421 do Código de Processo Civil.

Os autores indicaram como assistente o engenheiro Fernando Costa da Rocha Baliva, enquanto que a Embasa fez indicação do seu assistente técnico, na pessoa do engenheiro Celso Basto de Oliva (fl. 38). Usando também da faculdade que para ambas as partes foi deferida, apresentaram-se quesitos, todos deferidos, porque pertinentes à questão.

A empresa apresentou seis quesitos (fl. 38) e os autores, cinco, todos respondidos pelos *experts*, tendo sido pelo engenheiro Fernando Costa — as-

sistente técnico dos autores — juntado um croqui em breves traços, para melhor situar os terrenos (prédio dominante e prédio serviente), com relação à rua Jardim Iracema e Av. Pinto de Aguiar.

Concluída a perícia, da qual se fez anexar aos autos o laudo (de fls. 63/70) subscrito pelo perito do juízo e assistente técnico da rée mais o laudo individual (fls. 73/79) apresentado pelo assistente técnico dos autores.

A instrução do feito, ordenada por mais de uma vez, teve início afinal no dia 13 de agosto de 1991, onde não se realizou pela razões nela consignadas.

Em face das respostas contraditórias consignadas nos dois laudos, atinei pela necessidade de uma inspeção no local da demanda, do que resultou o Termo de Inspeção Judicial, que se vê às fls. 100/101, de cuja diligência se fizeram revelados fatos importantes para dirimir a questão, com maior segurança. As partes compareceram e deram respostas aos quesitos aditivos, que foram formulados tempestivamente.

Prosseguiu-se a instrução com a tomada do depoimento dos autores — fl. 103; testemunhas Paulo Paixão Ferreira — fl. 104, Pedro Carvalho Santos — fl. 105, arroladas na inicial, e Roberto Joaquim de Carvalho — fl. 106; Antonio Santana Nogueira — fl. 107.

Com a entrega dos memoriais, fl. 123, pela empresa-ré, e fl. 129, pelos autores, foi concluída a instrução do feito, tendo sido anexado aos autos pelo assistente técnico dos autores um novo croqui, espelhando a situação real dos dois imóveis em relação à alegada servidão de passagem.

É o relatório.

Isto posto, decido.

Preliminarmente, como bem visto no relatório, trata-se, como se infere das pro-

vas carreadas para os autos, de servidão aparente de passagem — ou de trânsito — de natureza descontínua e que por isso goza de proteção possessória, inclusive, independentemente de título.

A Súmula 415 do Supremo traduz esse entendimento, quando afirma:

“Servidão de trânsito não titulada mas tornada permanente, sobretudo pelas obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória”.

Veja-se, também, a respeito, a lição de Carvalho Santos, nos comentários do art. 509 do Código Civil, e a jurisprudência dominante e pacífica de nossos tribunais (cf. *Rev. dos Tribunais*, v. 133/211, e *Revista Forense*, v. 139/126, 156/123 e 166/167).

Aliás, sob esse aspecto — quanto ao cabimento dos interditos, para defesa da servidão, ora questionada pelas partes —, não se discutiu nos autos coisa alguma.

Também não se deve confundir a servidão de trânsito com a denominada “passagem forçada” de que trata o art. 559 do Código Civil.

As duas hipóteses, passagem forçada e servidão de trânsito, realmente são inconfundíveis. A passagem forçada “pressupõe prédio encravado, sem saída para a via pública, fonte ou porto”.

A servidão de passagem, que me parece o caso dos autos, regula-se pelo art. 695 do Código Civil e pode existir até mesmo onde falte aquele pressuposto.

Essa diferenciação, que em princípio parece envolver um aspecto puramente acadêmico, tem sentido e interesse sobremodo, segundo o entendimento do saudoso Prof. Orlando Gomes (*Direitos Reais*, 10. ed., 1990), porque se lhes aplicam regras diferen-

tes, quanto a sua constituição, execução e extinção. Assim sendo, diz ele: "Se é certo que todas elas podem ser constituídas, por acordo de vontades, somente as servidões contínuas e aparentes se estabelecem pela usucapião. As servidões descontínuas extinguem-se pelo não-uso durante certo lapso de tempo, o que não ocorre obviamente com as servidões contínuas".

Conforme afirmei no início, pela inspeção realizada no local e até mesmo pelo que revelaram as testemunhas ouvidas na instrução, estavam em frente a uma servidão aparente, eis que o uso dela se fez presente por sinais exteriorizados pelos autores, ao contrário das não-aparentes, que não dependem, para o seu exercício, desses sinais exteriores. Ela é também descontínua, uma vez que pode ser extinta pelo não-uso durante certo lapso de tempo, o que inoocorre com as servidões havidas como contínuas, tal como se exemplifica com os aquedutos.

Também não influi a questão ventilada na contestação, com referência à simples tolerância admitida inicialmente pela ré. O uso prolongado da passagem, e até mesmo como veremos adiante, outra opção não resta aos autores, senão aquela que pretende, não se tratando na hipótese de simples comodidade, que desmerece a proteção possessória reclamada, e que representa a manutenção do portão, ora ameaçado de retirada pela empresa-ré.

Relevo agora o aspecto importante, segundo o qual, por se constituir em restrição ao direito de propriedade, as servidões não se presumem. É a regra inserida no art. 696 do Código Civil, já por demais citado. E disso decorre que aos interessados quanto ao reconheci-

mento da servidão cabe demonstrar que a servidão constituiu-se de modo inequívoco, já que a sua existência representa, como disse, limitação séria ao direito de uso e gozo da propriedade.

A servidão é mesmo um ônus imposto a um prédio — o denominado serviente, em benefício de um outro prédio — denominado dominante.

Na perícia se constatou, e as partes nesse ponto são uniformes, quanto à aquisição de um lote de terrenos em Patamares, nesta Capital, ao lado do terreno da Embasa, para construção, ou, melhor dizendo, para reconstrução (ver depoimento pessoal de fl. 103) de uma casa antiga, onde atualmente residem, que os autores solicitaram à ré autorização para abrir um acesso (portão) no muro que separa os dois prédios, a fim de dar passagem aos materiais de construção.

Pelos depoimentos prestados em audiência de instrução e julgamento e que, por um lapso, a vistoria realizada em 11 de dezembro de 1991 não consignou, os autores, ao adquirirem o lote, com a casinha velha, no terreno que tinha frente para Av. Pinto de Aguiar, venderam parte dele — precisamente a frente do lote — ao Sr. Antonio Eder da Silva Almeida (dep. fl. 103v). A partir daí, os autores não puderam se utilizar de acesso pela Av. Pinto de Aguiar, "seja pela depressão do terreno, seja pela nova construção que fica em frente da casa dos autores" (dep. da testemunha Pedro Carvalho Santos — fls. 105/106).

Assim, impedidos do acesso pela Av. Pinto de Aguiar, os autores tiveram permissão para abertura de um portão, para terem acesso ao Jardim Iracema, com o transporte de materiais, por simples concordância da ré.

Respondendo ao primeiro e ao segundo quesitos da própria ré, esses fatos foram confirmados e a vistoria também revelou.

Embora se trate a princípio de mera permissão ou tolerância, a servidão que foi objeto de perícia tornou-se imprescindível a partir do dia em que os autores perderam o acesso pela frente do lote que adquiriram. Na verdade, não se trata de mera comodidade de acesso, mas, sim, de opção exclusiva de saída para atingir a rua conhecida como Jardim Iracema, onde se encontra o terreno da empresa-ré.

Respondendo ao quinto quesito, o perito do juízo e o assistente da ré confirmam o fato de que não existe outra via de acesso que não aquela utilizada atualmente e que corta o terreno de propriedade da empresa, pelo meio.

A inspeção da qual fui presente também revelou, ao contrário do que responderam os peritos acima mencionados, que seria impossível aos autores retornarem ao uso de acesso pela Av. Pinto de Aguiar, a partir da construção que ali se fez, com aquiescência dos vizinhos interessados.

Assim sendo, deve-se entender que, embora não induza posse, os atos de mera tolerância ou permissão (art. 497 do CC), a servidão questionada tornou-se imprescindível, a merecer a proteção possessória cabível, já que não resta aos autores fazer uso de qualquer outra opção.

Contudo, torna-se também incabível a pretensão patentada pelos autores nos memoriais (fl. 130), no sentido de ser ampliada a servidão para passagem de veículo. A servidão merece proteção possessória, mas o seu uso é limitado a uma necessidade imprescindível do pré-

dio dominante. Confira-se o que dispõe o art. 704 e seu parágrafo único, do Código Civil.

Decorre também de tal limitação que, com relação às plantações existentes no prédio serviente e que foram constatadas pela inspeção, constituídas de árvores frutíferas de pouco porte, para ela deve-se aplicar o que dispõe o art. 547 do diploma processual acima mencionado, verificada a boa fé dos autores.

Como se vê, não somente a perícia mas também a prova testemunhal testemunharam tudo que se disse na inicial, razão pela qual não se trata *in casu* de simples comodidade ao uso da servidão. Trata-se, ao contrário, de servidão aparente e descontínua que deve merecer a proteção possessória devida, em face de sua utilização aparente por tempo considerável e que somente poderá ser extinta através dos moldes legais permitidos em lei.

Posto isso, e considerando tudo mais que consta dos autos, julgo procedente a presente ação para os fins colimados na inicial, determinando que a empresa-ré se abstenha da prática de qualquer tendente a dificultar o uso da servidão de passagem, sob pena de pagar a multa diária no valor de CR\$5.000.000,00 e demais cominações legais.

Condeno-a, também, ao pagamento das custas processuais, além dos honorários advocatícios, que ora arbitro em três salários mínimos.

Faculto, no entanto, à mesma retirar do prédio serviente as plantações de que trata o laudo de fls. e fls. mediante o pagamento de uma indenização prévia, a ser feita em liquidação de sentença, por arbitramento.

Expeça-se o competente mandado

proibitório, dentro do prazo legal.

P.R.I.

Salvador, 10 de setembro de 1993.
Raymundo de Souza Carvalho — Juiz de
Direito da Quinta Vara da Fazenda Públi-
ca da Capital.

PEDIDO DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. AÇÃO ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO. MEDIDA CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CONEXÃO.

Recebimento de mercadoria sonogado. Artificio fraudulento. Certeza de entrega do produto mediante prova testemunhal idônea. Emissão de nota fiscal e duplicata. Venda mercantil caracterizada. Improcedência da ação. Reconvenção procedente. Liminar de sustação de protesto cassada, em virtude de anterior julgamento do procedimento cautelar. Litigância de má fé. Crime de estelionato configurado. Comunicação ao Ministério Público. Direito incidente.

Juiz de Direito da Comarca da Capital.

Vistos os presentes autos de ação ordinária proposta pela firma Rio's Alimentos Congelados da Bahia Ltda., contra a similar Frigorífico Lexus Ltda. A autora embasa a ação nos arts. 282 do Código de Processo Civil e 940 do Código Civil, bem como nos arts. 1º e 26 da Lei 5.474/68 e diz que a demanda visa a declaração de nulidade da dupli-

cata 1.962, com vencimento em 14 de dezembro de 1992, no valor de Cr\$400.375.470,00. Alega que a ré, sem qualquer origem, digo origem mercantil, sacou contra ela, autora, a duplicata referida acima e a encaminhou para protesto no Cartório do 4º Ofício de Protestos de Títulos e Documentos desta comarca, como duplicata mercantil por indicação. Diz que o protesto foi obstaculizado em virtude de medida liminar concedida em procedimento cautelar neste mesmo juízo, tendo sido expedida carta precatória para citação da acionada e requerida a distribuição desta ação ordinária para este juízo, mediante dependência. Ratificando os termos da inicial do procedimento cautelar, diz que não deve nada à suplicada, dado que não celebrou nenhum contrato com a mesma, não tendo origem o saque da duplicata, não havendo nenhuma compra-e-venda entre as partes. Alega má fé por parte da suplicada, considerando-se o valor e a forma cobrada sem qualquer vínculo contratual. Diz esperar a procedência do pedido com a declaração de nulidade da duplicata em foco, condenada a acionada nas custas e nos honorários de advogado. Requereu a citação da ré mediante carta precatória, meios de provas que menciona, deu valor à causa e instruiu a inicial com procuração e xerox da intimação do cartório de protesto.

Proferi despacho autorizando a distribuição por dependência e posteriormente determinei o apensamento aos autos da cautelar, retornando os autos conclusos. À fl. 7, proferi novo despacho, determinando a citação da suplicada. Ela, a suplicada, veio espontaneamente aos autos e contestou, tendo invocado o art. 214 do Código de Processo Civil,

dizendo que a carta precatória não fora cumprida. No concernente aos fatos, a acionada conta o seguinte: que em 5 de novembro de 1992, o Frigorífico Lexus Ltda. contratou com a firma Scar Alimentos Congelados Ltda., estabelecida nesta praça, a venda de uma partida de 24.265,18 quilos de carne bovina congelada, ao preço de Cr\$19.459,00 por quilo, no total de Cr\$471.957.751,00. Dita mercadoria foi despachada do estabelecimento da contestante em 862 caixas, saindo de São Paulo, em 6 de novembro de 1992, acompanhada da nota fiscal 1.913 e conduzida pelo veículo PQ 3835, de Vacaria-RS, atrelado à carreta frigorífica 4231 da transportadora Rodoviário Schio Ltda., dirigida pelo motorista Sebastião Almeida Godos. Diz que a Scar recusou-se a receber a carne, sob alegação de que a mesma estava com excesso de gordura, a exigir um "toilette", pondo-a à disposição da contestante, tendo emitido nota fiscal de devolução 137.786. Em virtude disso, a contestante providenciou vender aqui mesmo em Salvador a referida partida de carne, tendo a mesma sido vendida à autora Rio's Alimentos Congelados da Bahia Ltda., por indicação e intermediação da firma Express Meat de Porto Alegre. A carne foi vendida por preço inferior, Cr\$16.550,00 por quilo, totalizando Cr\$400.374.470,00, para pagamento em 30 dias, a contar de 13 de novembro de 1992. Que o motorista Sebastião recebeu instruções para deslocar-se do pátio da Scar para a sede da autora, na Rua G, Quadra 22, Jardim Eldorado, IAPI, nesta cidade, e ali descarregar a mercadoria, o que foi feito com auxílio dos carregadores Edvaldo Alves Menezes Filho, cédula de identidade 6.008.074-44, e Antônio Carlos Mirando Fonseca, cédula

1.711.863, também do Estado da Bahia, o primeiro residente na rua Conjunto Pimentel, 14, San Martin, e o último na rua Elrico Temporal, 10, Valéria, nesta cidade, ambos. Que, recebida e conferida a mercadoria, o preposto da autora mandou outro funcionário da empresa informar ao motorista que precisara ir à diretoria e que posteriormente encaminharia à autora os comprovantes do recebimento. Ela, contestante, remeteu à Rio's Alimentos a nota fiscal de venda 1.962 e, assim, com base nesse contrato de compra-e-venda mercantil cuja mercadoria já entregara, a contestante sacou a duplicata correspondente e ora impugnada, endossada em cobrança a banco que, incumbido de recebê-la, enviou-a a protesto, suspenso em virtude da liminar concedida na cautelar conexa, tendo o título sido devolvido à contestante, legítima titular do crédito. Que, tomando conhecimento agora dos procedimentos judiciais intentados pela autora, a contestante se apercebeu do seu ardil, deixando de remeter os comprovantes de recebimento da carga e de acusar o recebimento da nota fiscal 1.962, remetida pelo Sedex, preparando a fraude, engendrando mentirosa e frágil versão para invocá-la no Judiciário, para lesar a vendedora, ora contestante, no mínimo, com uma moratória branca, em face da lentidão da Justiça. Expende argumentos para mostrar a intenção lesiva da autora, noticia que jamais conseguiu contatar os diretores da autora para cobrar o envio do canhoto da nota fiscal que lhes enviou e que colheu informação de que os mesmos são pessoas desonestas e inescrupulosas, sem reputação creditícia, verdadeiros delinquentes de colarinho-branco, acostumados à prática de fraudes mercantis, afirma. Diz

ser legítima a duplicata, pois restou provada a compra-e-venda e a entrega da mercadoria. Que, além disso, a autora deixou de pagar o frete à Schio, no importe de Cr\$13.518.131,79, tendo a contestante de fazê-lo, tendo assim duplo prejuízo. Tal despesa era da autora, nos termos do art. 196 do Código Comercial. No item III da contestação, discorre sobre o direito incidente no caso, invocando a Lei 5.474/68, arts. 1º, 7º e 8º e 15, II, *be c*, art. 219 do Código Comercial, arts. 16 e 17 do Código de Processo Civil, porque alega a litigância de má fé por parte da autora. Pede a improcedência da ação com o reconhecimento da compra-e-venda e da legitimidade da duplicata, proclamada a ilicitude da conduta da autora, condenando-a ao pagamento de perdas e danos, custas e honorários de advogado em 20% sobre o valor da causa principal, a serem quantificados em liquidação regular na execução. Comunica estar reconvinando em peça autônoma para cobrança dos seus créditos e pede seja oficiado ao Ministério Público, passada em julgado a sentença, para instauração de ação penal contra os representantes legais da autora em face do crime de estelionato caracterizado na conduta dos mesmos, art. 171 do Código Penal. Requeru meios de provas.

Na reconvenção às fls., a acionada reconvinte repete a narrativa dos fatos contidos na contestação, invoca os arts. 299, 315 a 318 do Código de Processo Civil e pede a procedência da reconvenção, condenada a autora reconvinda a pagar o preço da compra-e-venda, frete, perdas e danos, despesas processuais e honorários de advogado, acrescidos de correção monetária e juros, contados da data do vencimento da duplicata. Indica meios de

provas e pede também a improcedência da ação, tendo dado valor à reconvenção igual ao da ação.

Replicando, a autora diz que o valor da duplicata 1.962, cuja nulidade postula na ação, foi cobrado pela ré em dois cartórios de protestos. A sustação de um deles está apenas aos presentes autos, o de n. 3.494.094, o mesmo não ocorrendo com o de n. 3.500.583, embora dirigida a este juízo, o que comprova a má fé da suplicada, segundo afirma. Pede o apensamento dos últimos autos referidos. Nega tenha havido a entrega da mercadoria, dizendo assim que não se realizou a compra-e-venda. Impugna os fatos arrolados na contestação e pergunta como se entregar uma mercadoria bastante volumosa e de alto valor a uma firma, sem tomar comprovante de entrega. Diz ter bom conceito na praça e rechaça a acusação de que é useira e vezeira em receber mercadorias sem assinar o recebimento e não pagá-las. Que o pagamento feito pela ré à transportadora isenta a autora de qualquer responsabilidade porque se houvesse adquirido as mercadorias, ela, autora, teria pago o frete. Reiterou os termos da inicial e do seu pedido.

Respondendo à reconvenção, a Rio's Alimentos, fundada no art. 70, III, do Código de Processo Civil, requereu a denúncia à lide da Rodoviário Schio Ltda., pelo fato dela Schio haver declarado nos autos da medida cautelar que transportou mercadoria para a Scar Alimentos Congelados e, por não ter a mesma recebido o produto por não estar de acordo com o pedido feito, o entregou à autora, o que diz não ser verdade. Pediu a suspensão do processo e a citação da litisdenunciada. No mérito, impugna a reconvenção, dizendo não ter

feito nenhuma compra que resultasse no saque da duplicata 1.962 no valor de Cr\$400.375.470,00. Diz ter a reconvinte afirmado haver feito contrato de compra-e-venda mercantil com a firma Scar, sacando duplicata contra a mesma e fazendo transportar mercadoria por intermédio da firma acima mencionada. Que, suspenso o protesto da duplicata mediante liminar concedida por este juízo, a firma reconvinte insistiu na cobrança do título, pondo-o em cobrança em outro cartório. Invocou os arts. 191 do Código Civil e o 8º da Lei 5.474/68, Diz inexistir nos autos prova contundente de entrega da mercadoria a ela reconvinde. Invocou também o art. 122, V e VI do Código Civil. Diz ter cabimento a ação que propôs, visando a nulidade dos títulos do mesmo valor de Cr\$400.375.470,00. Pedeseja determinado o apensamento do processo 3.500.583 de sustação de protesto de idêntica duplicata sacada pela reconvinte e objeto da mesma ação de procedimento ordinário já em curso. Pede a improcedência da reconvenção, com a condenação da reconvinte nas custas do processo e honorários de advogado. Requereu os meios de provas que menciona.

O Frigorífico Lexus requereu no sentido de não ser deferida a denunciação à lide por incabível.

À fl. 49 do despacho saneador, onde reconheci intempestiva a denúncia à lide, indeferi, digo, onde reconheci intempestiva a réplica de fl. 19 e a mandei desentranhar, indeferi a denúncia à lide e declarei saneado o processo, designando data para realizar audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas requeridas. À fl. 51, a Rio's pediu reconsideração da decisão onde declarei a intempestividade da ré-

plica, tendo expendido argumentos que me levaram a reconsiderar a mesma. As partes ofereceram rol de testemunhas, às fls. 55 a 57, tendo a autora, na petição de fl. 55, postulado por prova pericial contábil que na impugnação à reconvenção requereu. À fl. 58, despachei, resolvendo pela não-produção de tal prova, tendo a Rio's Alimentos interposto agravo retido à fl. 66. O processo foi instruído, uma vez que, proposta conciliação, as partes não se compuseram, como se vê no termo de fl. 99, porque a autora negou ter havido a alegada venda. Consta do termo de audiência, de fl. 110, que a acionada requereu a expedição de carta precatória para ouvida dos representantes da Rodoviário Schio e o de seu motorista Sebastião Godos, o que foi deferido inclusive com anuência da parte autora, tendo requerido também fosse oficiado ao Instituto Pedro Mello para que fosse indicado o endereço das testemunhas arroladas pela acionada, estando à fl. 116 o ofício-resposta oriundo do dito Instituto Pedro Mello. A carta precatória foi expedida e cumprida, estando nos autos, às fls. 120 em diante. Despachei à fl. 157 v, mandando enviar cópia da reconvenção ao juízo deprecado, atendendo solicitação do mesmo. Inquiridas que foram as testemunhas, houve entrega de memoriais.

Nos autos apensos da medida cautelar de sustação de protesto promovida anteriormente pela Rio's Alimentos Congelados da Bahia Ltda., contra a firma Frigorífico Lexus Ltda., a autora contou que recebera intimação do cartório de protesto, em virtude da suplicada ter enviado ao mesmo a duplicata mercantil sacada por indicação e no valor de Cr\$400.375.470,00, título sacado indevidamente, segundo afirma. Diz que o

mesmo não tem origem e nega tenha realizado qualquer transação com a acionada, não tendo havido nenhuma compra-e-venda mercantil entre ambas. Invoca a Lei 5.474/68. Argumenta que, com o protesto em curso, vê-se ameaçada de perder a credibilidade e sofrer lesão grave e de difícil reparação, estando presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Requereu a imediata sustação do protesto da duplicata 1.962 no valor já referido linhas atrás, tendo oferecido um imóvel em caução. Requereu a citação da suplicada e a produção dos meios de provas que menciona, alegando que o valor já é fixo para efeito de custas, tendo juntado documentos.

O juiz plantonista deferiu liminarmente a medida.

A suplicada Frigorífico Lexus veio aos autos espontaneamente, segundo afirmou na sua contestação, eis que ainda não fora citada. Ainda preliminarmente alegou invalidade da caução, porque o imóvel dado em caução não pertence à autora, mas sim a terceiro estranho à relação processual, o qual é casado e não apresentou outorga uxória para dar em caução o bem referido. O mesmo também não autorizou a prestação da caução nem passou procuração para o advogado da autora e o estagiário assinarem o termo de caução. Diz ser inexistente a caução porque eivada de nulidade absoluta, tendo requerido a declaração de insubstância da caução prestada, intimando-se a autora para prestar nova caução em dinheiro, mediante depósito judicial com juros e correção monetária do valor da duplicata, inclusive acessórios estimados, inclusive de sucumbência ou alternativamente seja regularizada a caução formalmente com o comparecimento do terceiro e

substancialmente, complementando-a com depósito judicial em dinheiro, segundo prudente arbítrio do juízo, averbando-se a caução, se dada em imóvel. No mérito, alegou os mesmos fatos que expôs ao contestar a ação principal, os quais estão acima descritos. No que tange ao direito incidente, invocou os arts. 191 e 197 do Código Comercial, o art. 1.122 do Código Civil, art. 199 do Código Comercial e a Lei 5.474/68, citando trecho doutrinário a respeito. Alegou litigância de má fé da autora, chamando à colação os arts. 16 e 17 do Código de Processo Civil, bem como o art. 811, I e II, do mesmo diploma legal. Reiterou o pedido de regularização da caução e pediu a improcedência da medida cautelar, condenada a autora por lide temerária em quantia a ser apurada em liquidação, custas e honorários de advogado. Além de prova documental, que diz ser pujante, requereu outros meios de prova que menciona. Juntou documentos.

Houve réplica.

Em face da conexão existente entre a ação principal de declaração de nulidade de duplicata e o procedimento cautelar que a antecedeu, mandei reunir ambas as ações, com vistas aos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil, para decisão simultânea, o que ora faço.

As provas produzidas pelo Frigorífico Lexus Ltda. são contundentes e mostram claramente que na verdade a firma Scar não aceitou a mercadoria que lhe fora enviada pela acionada, Frigorífico Lexus, que assim vendeu a referida mercadoria, 24.265,18 quilos de carne bovina congelada, à autora Rio's Alimentos Congelados da Bahia, tendo-o feito por preço inferior do anteriormente combinado com a firma Scar. Vendeu o

quilo por Cr\$16.500,00, conforme nota fiscal de fls. 39 dos autos. O conjunto das provas, ou seja, a prova documental e a prova testemunhal, me convence de que realmente ocorreu tudo alegado pela suplicada Frigorífico Lexus, razão por que julgo improcedente o procedimento cautelar de sustação de protesto, cassando em consequência a liminar que no mesmo fora concedida pelo digno juiz plantonista desta vara, julgando também improcedente a ação declaratória e procedente a reconvenção oposta pelo Frigorífico Lexus, e o faço para reconhecer a legitimidade da compra-e-venda mercantil levada a efeito entre as partes litigantes, em que a acionada reconvinde provou ter entregue o objeto da compra-e-venda, sendo legítimo também o saque da duplicata 1.962 supra e retrorreferida, no valor de Cr\$400.375,470,00, relativa à nota fiscal do mesmo número e valor. Fundamentando esta decisão nos arts. 191, 197 e 199 do Código Comercial, art. 1º da Lei 5.474/68 e 1.122 do Código Civil, condeno a firma Rio's Alimentos Congelados da Bahia a pagar à reconvinde-ré Frigorífico Lexus Ltda. o valor da compra e do frete, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais de meio por cento ao mês, custas e honorários de advogado, que arbitro em 20% do valor da condenação, que deve ser convertido em reais. Com base nos arts. 16, 17, II, 18, *caput*, e § 2º do Código de Processo Civil, condeno a autora-reconvinda como litigante de má fé, por haver alterado a verdade dos fatos, a pagar, a título de indenização à ré-reconvinte, 5% do valor da causa (ação principal). Passando esta em julgado, oficie-se ao Cartório de Protesto, revogando-se a ordem de sustação do protesto concedida na liminar ora

cassada, bem como ao Ministério Público, como requerido na reconvenção para os fins do art. 40 do Código de Processo Civil, digo, Código de Processo Penal.

IPR.

Salvador, 12 de fevereiro de 1996.
Irany Francisco de Almeida — Juiz de Direito.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEMONSTRAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. PROVAS DA TRAFICÂNCIA.

Demonstração da traficância através da combinação dos elementos colhidos durante a instrução criminal e fase inquisitorial.
Juiz de Direito da Comarca de Itaparica.

Vistos, etc.

A douta Promotoria Pública, no uso de suas atribuições, denunciou Juthay Francisco Souza de Jesus, qualificado, às fls. 53/54 dos autos, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76 c/c o art. 19 do Decreto-lei 3.688/41, aduzindo, em síntese, ter o mesmo sido flagrado portando uma pistola "Taurus" sem o devido porte, em um veículo Gol, mencionado na peça vestibular acusatória, onde foi encontrada, também, uma certa quantidade de "cocaína", em poder do companheiro de seu companheiro Antonio Batista Leal; ressaltando, no aditamento à peça inicial acusatória, constante à fl. 241, o envolvimento do acusado. Juthay Francisco Souza, no tráfico de substâncias entorpecentes, afirmando ser o mesmo sócio de Gilson Brito de Souza, réu

em processo que corre em separado, já condenado, em uma concessionária utilizada para "lavar" veículos roubados para depois trocá-los por "droga"; afirmando ter o denunciado, Juthay Francisco Souza de Jesus, feito a entrega do "Opala" descrito na denúncia, que lhe pertencia, e mais a importância em dinheiro mencionada na denúncia a José Carlos Pereira do Nascimento, em troca de três quilos de "cocaína", conforme o mencionado na peça inicial acusatória, tendo sido encontrados, ainda, após terem sido todos os companheiros do acusado — Gilson Brito de Souza e Antonio Batista Leal, além de José Carlos Pereira do Nascimento — presos, quatro quilos de "cocaína" na residência de Gilson Brito de Souza, onde estavam todos hospedados, com exceção de José Carlos, cumprindo-se ressaltar, finalmente, que a Polícia Federal conseguiu chegar aos acusados através de denúncias e acompanhou Gilson e Antonio até Santo Antônio de Jesus, onde foram encontrar com José Carlos Pereira do Nascimento e buscá-lo para esta ilha, com o intuito de realizarem a transação.

A denúncia foi recebida à fl. 88, tendo o réu sido interrogado às fls. 146/146v, tendo o seu defensor constituído oferecido defesa prévia às fls. 147/149, fazendo acostar aos autos os documentos de fls. 150/157.

Os então acusados, José Carlos Pereira do Nascimento, Gilson Brito de Souza e Antonio Batista Leal, que respondem a feito que corre em separado e já foram condenados, foram interrogados, respectivamente, às fls. 93, 94 e 95, oportunidade em que o último aduziu ser dependente de substância entorpecente, mais precisamente de "cocaína",

tendo os mesmos oferecido, por defensor constituído, defesa prévia às fls. 124/125; 127/128.

O laudo definitivo de exame da substância entorpecente foi acostado aos autos às fls. 75/77.

O feito foi saneado à fl. 162, oportunidade em que se determinou o desmembramento do feito relativo ao então acusado Antonio Batista Leal, por ter o mesmo aduzido ser dependente, nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, para os fins de realização do devido exame; designando-se a audiência de instrução e julgamento, que se realizou com a inquirição das testemunhas arroladas na denúncia às fls. 178/180v, 193/195 e 199/201; e, das arroladas pela defesa do então réu, Gilson Brito de Souza, às fls. 233/234 e 245/247.

O aditamento da denúncia, antes mencionado, que incluiu o réu Juthay Francisco Souza de Jesus como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, foi recebido às fls. 243/243v, oportunidade em que se designou novo interrogatório para o acusado, que se realizou às fls. 263/264v, após o que o mesmo, por seu defensor constituído, ofereceu nova defesa às fls. 267/276, que veio acompanhada dos documentos de fls. 277/293.

Prosseguiu-se a audiência de instrução e julgamento, com a acareação dos então réus José Carlos Pereira do Nascimento e Gilson Brito de Souza; do acusado cujo feito foi desmembrado, Antonio Batista Leal; e Juthay Francisco Souza de Jesus, tendo este juízo, às fls. 299/299v, separado o presente feito relativo ao acusado Juthay Francisco Souza de Jesus, nos termos do art. 80 do Código de Processo Penal, por ter sido requerida uma diligência com relação

ao mesmo pela acusação e por estar o dito acusado em liberdade.

Durante a audiência de instrução e julgamento foi acostado aos autos o documento de fls. 310, não tendo o Ministério Público formulado qualquer oposição quanto à sua juntada, tendo, ainda, sido inquiridas, às fls. 316/318, as testemunhas arroladas pelo acusado.

A diligência requerida pelo Ministério Público não teve êxito, conforme documento de fls. 326, pelo que a acusação a dispensou à fl. 327, dando-se, por via de consequência, prosseguimento ao feito, realizando-se às fls. 329/331 o debate oral, oportunidade em que a d. Promotoria Pública, nas suas considerações finais, sustentou ter ficado demonstrado ter sido o réu o autor do fato descrito na denúncia e aditamento, cuja materialidade ficou evidenciada, requerendo a sua condenação, enquanto que a defesa, durante o referido debate, negou ter o denunciado participado do tráfico de entorpecentes que lhe é imputado, não havendo prova quanto à prática de tal conduta, ressaltando não ter valor probatório o depoimento do co-réu; e afirmou, ainda, que não houve caracterização do porte ilegal de arma, por não ter a arma encontrada com o acusado bala na agulha; requerendo, por fim, a absolvição do réu.

Este é o relatório.

Passo a decidir.

A materialidade do fato é inquestionável e se apresenta, nos autos, incontroversa, tendo sido demonstrada através do laudo pericial de fls. 75/77, definitivo de exame da substância entorpecente apreendida segundo o auto de fls. 21/22, corroborado com o

laudo de constatação de fl. 20, ficando evidenciado terem sido apreendidos oito quilos e 132 gramas do alcalóide "cocaína", extraído das folhas do vegetal *Erythroxylon*, substância que se encontra relacionada na lista de substâncias entorpecentes e psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, a teor da Portaria 28/86 da Dimed-MS, publicada no DOU, em 18 de novembro de 1986.

No que tange à autoria do fato, observamos a existência de inúmeras circunstâncias colhidas na fase judicial que apontam, de forma clara e indubitosa, que o acusado, Juthay Francisco Souza de Jesus, praticou alguma das condutas classificadas no art. 12 da Lei 6.368/76.

Tal conclusão se chega de forma tranqüila, a partir do depoimento da testemunha Josias da Paz; inquirida às fls. 245/247, e arrolada pela defesa de Gilson Brito de Souza, então acusado, que confirmou ter o acusado chegado à residência de Gilson Brito de Souza em companhia de Antonio Batista Leal, em um veículo "Tempra" de cor escura, antes da apreensão realizada na dita residência, ressaltando, ainda, ter, a pedido do réu e de Antonio, colocado as bagagens destes no quarto de hóspedes, inclusive uma maleta de cor marrom que, posteriormente, foi apreendida pela Polícia Federal no quarto de Gilson, contendo "cocaína".

As assertivas da supracitada testemunha se corroboram com os depoimentos dos então denunciados, José Carlos Pereira do Nascimento, Antonio Batista Leal e Gilson Brito de Souza, colhidos em juízo durante os seus respectivos interrogatórios, prestados às fls. 93/95, bem como com o auto de acareação constante às fls. 296/298,

elementos e depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia, constantes às fls. 178/179, 193/195 e 199/201.

As testemunhas arroladas na denúncia e inquiridas às fls. 178/179, 193/195 e 199/201, uniformemente, afirmaram terem feito a apreensão de quatro quilos de "cocaína", no portamalas do "Opala" descrito na denúncia, e outros quatro quilos da mesma substância entorpecente em uma pasta tipo 007, que se encontrava no quarto da residência de Gilson Brito de Souza, não havendo, a respeito, questionamentos ou controvérsias.

Ao serem inquiridos em juízo, por sua vez, os então denunciados José Carlos Pereira da Silva e Antonio Batista Leal, às fls. 93 e 95, respectivamente, afirmaram, de modo uniforme, pertencer o "Opala", onde foi encontrada parte da "droga" apreendida, ao acusado, Juthay Francisco Souza de Jesus, que a negociou com José Carlos Pereira do Nascimento, cumprindo-se ressaltar que se extrai, ainda, dos supracitados interrogatórios e do interrogatório do então réu Gilson Brito de Souza, constantes à fl. 94, que a maleta 007, antes mencionada, onde foi encontrada a outra parte do "entorpecente" apreendido, pertencia ao acusado, Juthay Francisco Souza de Jesus, ou, no mínimo, este a portava, o que indica de forma clara e precisa que, indubitavelmente, o denunciado, Juthay Francisco Souza de Jesus, praticou alguma das condutas descritas no art. 12 da Lei 6.368/76, conclusão a que se chega de forma ainda mais precisa quando associamos os elementos fornecidos pelos ditos interrogatórios com o testemunho de Josias da Paz, que afirmou de forma clara que o réu chegou à residên-

cia de Gilson Brito de Souza portando a supracitada maleta 007, que continha parte da "droga", em companhia de Antonio Batista Leal.

Ademais, cumpre-se ressaltar que o próprio Juthay Francisco Souza de Jesus, ora denunciado, durante o curso do feito e através de seu patrono, requereu, às fls. 180, a liberação do veículo "Opala" apreendido, onde foi encontrada parte da "droga" apreendida, afirmando ser comprovadamente proprietário do referido veículo, objeto da transação com "cocaína", consoante os testemunhos de fls. 178/179, 193/195 e 199/201, colhidos na fase judicial, o que se combina perfeitamente com as assertivas contidas nos supracitados interrogatórios de José Carlos Pereira do Nascimento, Gilson Brito de Souza e Antonio Batista Leal.

Aliás, não apenas os interrogatórios constantes dos autos dos então denunciados confirmam ser efetivamente o "Opala" descrito na denúncia, que continha parte da "cocaína" apreendida, do acusado, Juthay Francisco Souza de Jesus. Os documentos de fls. 150/153 se corroboram perfeitamente com a versão dada nos ditos interrogatórios, pois evidenciam claramente que o supracitado veículo "Opala" pertence ao denunciado, Juthay Francisco Souza de Jesus, que alega apenas ter vendido tal veículo a Antonio Batista Leal, sem contudo fazer uma única prova a respeito. Tudo leva, portanto, a crer que a venda aduzida pelo acusado apenas serviu como álibi para tentar o mesmo livrar-se das malhas da Justiça.

Ora, os elementos antes citados, colhidos na fase judicial, sob a égide do contraditório e da ampla defesa, fizeram transparecer a verdade dos fatos,

que se evidencia pela plena consonância entre os interrogatórios antes citados com o próprio requerimento de liberação do multicitado veículo "Opala", formulado pelo acusado, bem como com os documentos de fls. 150/153 e testemunhos de fls. 178/179 e 193/195, mais precisamente à fl. 194v, de onde se extrai, de forma clara e incontestável, pertencer o veículo acima descrito, onde foi encontrada parte da "cocaína", ao denunciado, que, segundo o testemunho de Josias da Paz, constante às fls. 245/247, possuía a maleta 007, onde foi encontrada a outra parte da "droga", juntamente com Antonio Batista Leal, deixando-a na casa de Gilson Brito de Souza, o que evidencia a prática pelo mesmo de algumas das condutas do art. 12 da Lei 6.368/76, visto que negociou, conforme os ditos interrogatórios dos então acusados, auto de acareação de fls. 296/298, e depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia, tal veículo com José Carlos Pereira do Nascimento e possuía, sem sombra de dúvidas, a maleta que foi encontrada na residência de Gilson Brito de Souza.

As provas que incriminam o acusado não param por aí.

A testemunha Francisco Willian dos Santos Alves, ao ser inquirida às fls. 178/179, afirmou que um dos acusados disse que o veículo em poder de José Carlos, i.e., o veículo "Opala" onde foi encontrada parte da "droga", pertencia a Juthay Francisco Souza de Jesus, que, segundo soube, era a terceira pessoa associada de Gilson e Antonio no tráfico de "entorpecentes".

José Carlos Pereira do Nascimento, por seu turno, ao ser interrogado em juízo às fls. 93 e na acareação de fls. 296/298, afirmou contundentemente

que transacionou o veículo "Opala", onde se encontrava parte da "droga", com o réu, tendo este, na oportunidade, retirado de seu porta-malas uma maleta marrom, encontrada na casa de "Gilson" com a outra parte do "entorpecente", o que se combina com os demais interrogatórios de Gilson Brito de Souza e Antonio Batista Leal, prestados na fase judicial, inclusive na acareação, levando-nos a deduzir, diante do supracitado testemunho de Francisco Willian dos Santos Alves, colhido na fase judicial, que efetivamente o acusado praticou algumas das condutas tipificadas no art. 12 da Lei 6.368/76, mormente em razão do local onde foi encontrada a "droga" apreendida.

Milton Chaves de Jesus, por sua vez, afirmou do encontro do acusado com José Carlos Pereira do Nascimento, Gilson Brito de Souza e Antonio Batista Leal, no bar "O Tabaréu", antes da concretização do negócio, que tinha por objeto a troca do automóvel "Opala", pertencente ao denunciado, por "cocaína", encontro que foi registrado pelo próprio réu em seu interrogatório à fl. 146 e durante a acareação, que evidencia as ligações entre o réu e os demais envolvidos no fato, reforçando ainda mais a tese de condenação.

Mostram-se bastante relevantes os fatos citados de ser o "Opala" transacionado de propriedade do réu, mormente por este estar a todo tempo em companhia dos demais envolvidos. Envolvidos que, ao serem interrogados em juízo, afirmaram ser de sua propriedade o veículo negociado, quando não deram a entender que a mala 007, onde foi encontrada a outra parte da "droga", lhe pertencia. Elementos que se corroboram com o testemunho antes mencio-

nado de Josias da Paz, bem como com o depoimento das testemunhas inquiridas em juízo e arroladas na denúncia, mostrando-se suficientes para uma condenação nos termos da denúncia.

Não merece guarida, portanto, a arguição da defesa de que é ineficaz para a condenação o depoimento do co-réu, visto que tal assertiva não pode ser tratada de forma absoluta.

O Código de Processo Penal, ao referir-se às provas, estabelece, no seu art. 157, a supremacia da livre apreciação da prova na formação do convencimento do magistrado, não ficando o mesmo sujeito a qualquer restrição de natureza absoluta quando da construção do seu livre convencimento.

Óbvio que o depoimento isolado de um co-réu, o que não ocorre na hipótese, não pode servir para formar de maneira robusta o convencimento do magistrado, pois este nunca poderia, em hipóteses tais, chegar à certeza necessária para uma condenação. Contudo, se tal depoimento estiver amparado no conjunto das provas carreadas nos autos e se mostrar uniforme com os demais interrogatórios dos demais envolvidos, não há qualquer empecilho para formar-se um juízo condenatório diante de elementos concatenados que dão a certeza esperada para declarar-se a "culpabilidade" do réu.

No caso *sub judice*, inquestionavelmente, a versão dada pelos então denunciados é uniforme e se associa com documentos e testemunhos colhidos da fase judicial, que combinados entre si nos fazem chegar à certeza do envolvimento do acusado no tráfico de "drogas", seja por possuir a maleta tipo 007, onde foi encontrada parte da "cocaína" apreendida, conforme o teste-

munho de Josias da Paz, antes mencionado, combinado com os depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia, seja por ser, efetivamente, o proprietário do veículo onde estava a outra parte do "entorpecente" apreendido, segundo os documentos acima citados, corroborados com os interrogatórios dos demais envolvidos, o pedido de liberação do veículo "Opala", e testemunhos de fls. 178/179 e 193/195, mais precisamente à fl. 194v.

Outra circunstância a ser considerada, e que aponta o envolvimento do acusado no tráfico, foi o que disse, na fase inquisitorial, à fl. 69, a testemunha Marcus Cesar Gomes de Brito, retratando uma reunião entre José Carlos Pereira do Nascimento e Antonio Batista Leal:

"Que, no final da tarde de sábado, 6 de março de 1993, o declarante encontrava-se na casa de Gilson, em Ponta de Areia, quando chegou à mesma José Carlos e a esposa dele, o primeiro dirigindo o "Opala" pertencente a Juthay, de placa PN-8275; que, em seguida, José Carlos se dirigiu à casa propriamente dita, onde permaneceu em reunião com Antonio Leal, ficando na parte de cima, onde está instalada a piscina, Juthay e Gilson, os quais não permitiram que as pessoas que estavam lá hospedadas descessem à casa, onde estava havendo um encontro entre José Carlos e Antonio Leal".

Os mencionados elementos colhidos na fase inquisitorial, através do supracitado testemunho, solidificam de vez a conclusão a que se chega com o exame das provas da fase judicial de que efetivamente o réu estava envolvido na traficância, quando evidenciou não só que o veículo onde foi encontra-

da parte da "droga", negociado com José Carlos Pereira do Nascimento, pertencendo ao acusado, mas também que o denunciado manteve uma posição mais que suspeita ao impedir a entrada das pessoas na reunião acima citada, realizada entre o próprio José Carlos e Antonio Batista Leal, que, tudo indica, tratavam da premeditada transação ilícita, restando-nos, portanto, classificar a conduta praticada pelo acusado nos moldes do art. 37 da Lei 6.368/76, mormente porque dos testemunhos de Josias da Paz e de Milton Chaves de Jesus, antes mencionados, extrai-se o envolvimento do acusado com os demais partícipes do episódio descrito na denúncia e aditamento (o que não foi sequer negado pelos mesmos), o que se combina com o depoimento de Marcus Cesar Gomes de Brito, acima citado e prestado na fase inquisitorial.

O acusado, portanto, segundo os elementos colhidos nos autos e acima analisados, efetivamente "trazia consigo" ou "transportou" substância entorpecente, "cocaína", na maleta 007 e no veículo "Opala" de sua propriedade, e "forneceu" a José Carlos Pereira do Nascimento a parte da dita substância, enquanto que mantinha a outra parte sob sua "guarda", na mencionada maleta, o que, efetivamente, caracteriza o tráfico, segundo o art. 12 da Lei de Tóxicos, mormente pela quantidade de "cocaína" apreendida, por não haver provas nos autos de ser o réu usuário, e por terem sido encontradas, segundo os depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia, inquiridas às fls. 178/180v, 193/195 e 199/201 e auto de apreensão de fls. 21/22, balanças de precisão na mencionada residência de Gilson Brito de Souza, onde estavam

hospedados o denunciado e os demais envolvidos no episódio delituoso.

Com relação à declaração constante à fl. 310 dos autos, a mesma em nada põe em dúvida os elementos colhidos na fase judicial, visto que o fato de, no fervor dos acontecimentos, um réu afirmar não estar o outro envolvido não constitui circunstância capaz de se levar a crer na negativa de autoria, pois tal circunstância se encontra dissociada das demais provas dos autos e a declaração apresentada não constitui depoimento sujeito a compromisso ou, quando da sua produção, ao princípio do contraditório.

Cumpre-se ressaltar, ainda, que sequer o documento de fl. 310 apresentada-se com firma reconhecida, cumprindo ao magistrado, nos termos do já mencionado art. 157 do Código de Processo Penal, dar o valor devido a cada prova produzida.

No que concerne aos depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa, as mesmas nada acrescentaram para o deslinde da demanda, afirmando apenas o que disse o denunciado para elas antes do fato, não fornecendo as mesmas elementos capazes de elidir a prova de autoria extraída do conjunto das provas colhidas na fase judicial, reforçado pela investigação policial.

Acresça-se, ainda, que é possível a retratação no interrogatório, principalmente em juízo, e, se de tal retração extrai-se uma versão que encontra amparo nas demais provas colhidas em juízo, não há por que desconsiderá-lo, por se alcançar, pelo livre convencimento, a certeza da condenação.

No que tange à acusação de porte ilegal de arma, conduta tipificada no art. 19 da Lei das Contravenções Pe-

nais, não há nos autos exame pericial necessário à prova da materialidade do fato. Sem tal elemento de prova, impossível saber-se se a arma supostamente portada pelo réu estava pronta para o uso, ou era, por sua natureza, arma de fogo.

Aliás, a jurisprudência tem-se manifestado a respeito:

“Contravenção penal. Porte de arma. Indeclinabilidade de seu exame pericial para constatação de sua eficiência. Contestada ou não a eficiência de arma apreendida, haverá ela de ser submetida a exame pericial para autorizar-se condenação pela contravenção” (TACrim.-SP, ac. unân. de 19.6.79, da 6ª Câmara, na ap. 207.539);

“Se a arma não foi periciada, não há como se afirmar provada a materialidade da contravenção, já que a arma imprestável não será propriamente arma” (TACrim.-SP, ac., rel. P. Costa Manso — *RJD* 3/103).

No mesmo sentido: *JUTACRIM* 95/127; *JUTACRIM* 58/292; *RT* 436/374; *RT* 594/395; *RT* 655/313; e *JUTACRIM* 28/244, 34/294, 39/332, 40/150, 81/535, 88/329, 82/456, 75/402.

Conclusão

Isto posto, julgo procedente em parte a denúncia aditada à fl. 241, para condenar o acusado, Juthay Francisco Souza de Jesus, nas sanções do art. 12 da Lei 6.368/76, conforme o art. 37 do mesmo diploma legal, e absolvê-lo das sanções do art. 19 do Decreto-lei 3.688/41, consoante o art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, quase todas favoráveis ao acusa-

do, que agiu com culpabilidade elevada, tendo praticado uma conduta de alta reprovabilidade e censurabilidade, diante da quantidade de “cocaína” apreendida — em torno de oito quilos —, conforme se extrai do supracitado laudo definitivo de exame da substância entorpecente. Apesar de ser possuidor de bons antecedentes e de boa conduta social, com personalidade, contudo, que se mostra tendente à criminalidade, conforme se extrai dos próprios autos em apenso, de n. 110/93, que aponta o envolvimento do acusado com veículos de procedência duvidosa, conforme certidão de fl. 8 daqueles autos, o que se corrobora com as diligências policiais de fls. 219/221 e laudo pericial de fls. 107/123, e em conformidade com a certidão de fl. 7, que indica o temor sofrido pela testemunha Josias da Paz, quando da prestação de seu depoimento incriminando o denunciado, e os motivos, as circunstâncias que não agravam a sua conduta, fixo a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão.

Não existem agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas e sequer causas ou circunstâncias gerais ou especiais de aumento e de diminuição de pena, pelo que torno definitiva a pena-base aplicada, que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, tendo em vista o disposto no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

A pena de multa é cumulativamente cominada no art. 12 da Lei de Tóxicos, pelo que, considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, antes analisadas, quase todas favoráveis ao acusado, ressaltando-se à espécie e a seu desfavor a natureza do delito, cuja ganância e egoísmo é o seu móvel, fixo-a em 110 dias-multa, tornando-a

definitiva em face da inexistência de causas ou circunstâncias, gerais ou especiais, de aumento ou de diminuição de pena.

Fixo o dia-multa, conforme o art. 38, § 1º, da Lei de Tóxicos, em Cr\$200,00, atualizados na forma do § 2º do dito art. 38 da multicitada Lei de Tóxicos, a teor do que dispõe o art. 60 do Código Penal, em face da boa situação econômica do denunciado, conforme se deduz por várias passagens nos autos, inclusive pelas suas qualificações constantes às fls. 53, 146 e 263, que ressaltam a sua profissão de comerciante.

O acusado não poderá apelar sem recolher-se à prisão, conforme o art. 35 da Lei 6.368/76, pelo que, e tendo em vista o que dispõe o art. 393, I, do Código de Processo Penal, expeça-se o competente mandado para fins de captura do denunciado, que deverá ser recolhido à cadeia pública deste município.

Ademais, dos próprios autos em apenso, de n. 110/93, extrai-se o envolvimento do acusado na aquisição de veículos de procedência duvidosa, conforme certidão de fl. 8 daqueles autos, o que se corrobora com as diligências policiais de fls. 219/221 e laudo pericial de fls. 107/123, havendo necessidade de segregar-se provisoriamente o denunciado, para a garantia da ordem pública socialmente considerada, mormente diante dos temores da testemunha Josias da Paz, que se sentiu coagida ao prestar seu depoimento, evidenciando a periculosidade do denunciado, consoante certidão de fl. 7 dos autos em apenso, principalmente por ter tal testemunha nos fornecido ele-

mentos fortíssimos incriminadores do réu.

Diante do exposto, a liberdade do denunciado periclitaria a ordem pública, isto é, colocaria em risco a ordem pública socialmente considerada, pois tudo indica que o mesmo se sustenta pela prática de ilicitudes e praticou um fato cuja gravidade, por si só, já legitima a sua custódia, por ter demonstrado, por sua conduta, a sua insensibilidade moral, torpeza e cupidez, expressadas pela hedionda natureza do delito que praticou e pela quantidade do "entorpecente" apreendido, legitimando-se, pela sua demonstrada periculosidade, a sua custódia provisória nos termos da Lei 8.072/90 c/c os arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal, como bem já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Justifica-se a prisão preventiva, se, na prática dos hediondos delitos que lhe são imputados, revelou o acusado 'torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral', *ex vi* dos arts. 77, II, do Código Penal, com redação dada pela Lei 6.416, de 1977, e 313 do Código de Processo Penal" (RT 518/321). Vide RT 512/376.

Dessa forma, dá-se por acolhido o requerimento de prisão provisória, formulado pelo Ministério Público, nos autos em apenso 110/93, nos termos do art. 35 da Lei 6.368/76 c/c os arts. 312 e 393, I, do Código de Processo Penal.

Condene, finalmente, o denunciado nas custas judiciais, conforme o art. 804 do Código de Processo Penal.

Encaminhe-se cópia desta decisão à Polícia Federal para os devidos fins.

Após o trânsito em julgado desta decisão, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, expedindo-se a compe-

tente guia de recolhimento, para que o mesmo inicie o cumprimento da pena que lhe foi imposta na Penitenciária Lemos Brito, procedendo-se às anotações de praxe.

Registre-se. Intime-se. Publique-se.

Itaparica, 20 de junho de 1995.
Mário Augusto Albiani Alves Jr. —
Juiz de Direito.

NOTICIÁRIO

PRESIDENTE DÁ POSSE AO PRIMEIRO ESCALÃO DO TJ

Ao dar posse, no dia 2 de fevereiro, aos integrantes do primeiro escalão administrativo do Tribunal de Justiça, o presidente Aloísio Batista reafirmou o compromisso de resgate da dignidade do Poder Judiciário, contido no seu discurso de posse. Afirmando-se honrado em empossar os seus auxiliares diretos, ele assinalou que não escolheu ninguém a dedo nem por indicação de amigos, e sim pelo perfil de cada um, para o qual se exigiu a dignidade, a honorabilidade e o desejo de ajudar na moralização do Poder Judiciário.

A solenidade de posse lotou completamente o salão de casamentos do Fórum Ruy Barbosa e foi iniciada às 16 horas, com o rápido discurso do presidente. Além do diretor geral, Ruy Tourinho, e do diretor-superintendente do IPRAJ, José Ferreira Vieira, foram empossados o chefe de gabinete da Presidência, Luiz Antônio Amorim de Aguiar; o chefe da Consultoria, Raimundo Medrado Primo; o assistente militar, tenente-coronel José Roberto da Silva Lemos; a chefe da Assessoria Administrativa, Silvana Oliveira Guima-

rães; o assessor de Cerimonial, Geraldo Ribeiro Bensabath, e a secretária da Presidência, Joselita Ferreira Leite.

Em nome dos empossados, o diretor geral, Ruy Tourinho, discursou, agradecendo a confiança e afirmando que todos estão muito empenhados em cumprir as diretrizes traçadas a partir do discurso de posse do presidente, complementadas pelo Decreto Judiciário n. 2. "Estamos todos honrados com o convite", disse, "e certos de que o ajudaremos a colocar no coração do Tribunal de Justiça a bandeira da dignidade reconquistada, de acordo com a promessa feita solenemente no seu discurso de posse".

Diretor-geral

O bacharel Ruy Tourinho, que assumiu a Diretoria Geral do Tribunal de Justiça, é pós-graduado em Direito Processual Civil, mestre em Direito, professor da Faculdade de Direito da UCSal e da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Bahia (EPAM). Já esteve à frente da Diretoria por dois biênios e ocupou a Coordenadoria Geral da Presidência do Tribunal e a Coordenadoria Geral dos

Bahia For.	Salvador	v. 42	p. 257/275	Abr./Out.96
------------	----------	-------	------------	-------------

resultado final do trabalho que é oferecido à população. As obras de recuperação determinadas pelo presidente do TJ deverão ser realizadas em todos os andares, envolvendo as redes elétrica e hidráulica, aparelhos de ar-condicionado, banheiros, gabinetes dos juízes e a troca do forro, que ameaça cair em vários locais.

Outras medidas

Na visita de trabalho que fez ao IPRAJ, a segunda desde que tomou posse, o presidente Aloísio Batista autorizou àquele órgão a instalação de aparelhos de fax nas comarcas de 2ª e 3ª entrâncias. Por determinação do presidente, o IPRAJ vai estabelecer procedimentos para o atendimento dos pedidos de material, necessários em virtude da inexistência de controle e da situação em que se encontram os bens e equipamentos das comarcas.

Durante a reunião, o diretor-superintendente do IPRAJ, José Ferreira Vieira, fez uma espécie de prestação de contas do que já foi feito para dar sequência, na sua área de atuação, às determinações contidas no decreto que o presidente baixou imediatamente após a sua posse. Com respeito ao Plano Diretor de Informática, o superintendente mostrou ao presidente o seu esboço, sobre o qual opinarão agora os desembargadores, o corregedor geral, os juízes, a Diretoria Geral e o público, alvo dos trabalhos da Justiça.

INSTITUÍDO O GRUPO DE CORREIÇÃO ITINERANTE

O presidente Aloísio Batista assinou decreto, no dia 2 de maio, instituindo o Grupo de Correição Itinerante, destinado a proceder correição nas comarcas do interior do estado onde a providência se faça necessária. O grupo é integrado por quatro juízes de direito da Vara de Substituições da Capital, já designados em portaria do corregedor geral da Justiça, desembargador Luiz Pedreira.

Os juízes Lourival de Jesus Ferreira, João Pinheiro de Souza, Emílio Salomão Pinto Rescá e Osvaldo de Almeida Bonfim têm poderes, concedidos pelo Decreto Judiciário n. 17/96, para praticar os atos administrativos e jurisdicionais necessários ao funcionamento regular dos serviços judiciários nas comarcas onde forem feitas as correições.

Comarcas prioritárias

Inicialmente o grupo atuará nas comarcas de Camaçari, Ilhéus, Itabuna, Feira de Santana, Vitória da Conquista e Juazeiro, consideradas prioritárias, tendo em vista os objetivos previstos no decreto quanto à necessidade de "adoção de medidas imediatas para melhorar os serviços judiciários, imprimir celeridade aos processos, combater e apurar a prática de irregularidades no âmbito do Poder Judiciário".

Ainda de acordo com o decreto do presidente do TJ, os juízes integrantes do Grupo de Correição Itinerante poderão atuar em conjunto ou isoladamente e praticar atos, inclusive, no horário noturno, até o limite permitido pela legislação processual.

O decreto lhes atribui competência, ainda, para auxiliar os juízes de direito nos feitos em que estes não

estiverem vinculados ou sujeitos ao princípio da identidade física; instaurar sindicância ou processo administrativo disciplinar, nos casos permitidos por lei, ou sugerir que o presidente do Tribunal ou o corregedor geral da Justiça adotem medidas da mesma natureza; e elaborar relatórios e propor providências consentâneas com as finalidades do decreto.

JUIZADOS CRIMINAIS SÃO MAIS UM PASSO PARA A DESPENALIZAÇÃO

“A Lei 9.099/95, que determina a criação dos Juizados Especiais Criminais, constitui parte de um processo de despenalização”, avaliou o professor Luiz Luisi, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, palestrante do IV Congresso Estadual dos Magistrados da Bahia.

Elogiando a atuação dos Juizados Criminais no Rio Grande do Sul, o professor abordou o tema “Juizados Especiais Criminais. Reflexões, Críticas e Propostas”, levantando as razões que determinaram o seu surgimento e fins a que se propõem.

Compreendendo a lei como mais um passo no processo de despenalização, o professor Luiz Luisi, integrante da Comissão Nacional de Reforma do Código de Processo Penal, alertou, entretanto, para aspectos críticos da lei, lembrando a necessidade de uma reforma mais geral.

Adiantou sobre isso que manterá contatos com o ministro da Justiça, Nelson Jobim, que acaba de suspender os

17 projetos de reforma do Código de Processo Penal. “Há uma inconformidade da comissão frente a esta suspensão e interpelarei o ministro para saber o que gerou esta decisão. Afinal, as reformas constituem uma bandeira do governo”.

Com relação às propostas dos Juizados Criminais, Luiz Luisi, professor de Filosofia do Direito da Faculdade Santo Anjo, destacou a “matriz interpretativa da lei”, ou seja, “o que deve estar presente no juiz para interpretar a função despenalizante da lei”. Pioneiro no Rio Grande do Sul, o Juizado Criminal, segundo o professor gaúcho, está “além da lei”, em nível das suas interpretações, resultando pleno êxito.

A “Suspensão Condicional do Processo em Face da Lei 9.099/95” foi exposta em painel, durante o congresso, pelo desembargador e professor Weber Batista, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e da UFRJ. O desembargador é responsável pela criação da suspensão condicional do processo, aclamada e aprovada pelo Instituto Brasileiro de Direito Penal e Ciências Afins, desde 1981, em Brasília.

As infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, de penas inferiores a um ano de reclusão, terão o processo interrompido no primeiro instante, colocando-se o indivíduo num regime de prova. Indenizar a vítima e prestar serviços à comunidade são os deveres do réu, que perderá o benefício se cometer outro delito. Vencido o período de prova, que pode variar de 2 a 4 anos, sem reincidência, o juiz julga extinto o processo, esclarece o professor.

“A suspensão condicional do processo se confunde com o próprio Juizado Especial Criminal, visto que a

despenalização é o seu fim central". Para dimensionar o peso dessa proposta, o professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro disse que, somente em São Paulo, foram suspensos condicionalmente mais de 20 mil processos. "A suspensão reduz em 40% o volume de processos a serem julgados", informou.

CORREIÇÕES REALIZADAS TAMBÉM NA CAPITAL

O artigo 4º do Decreto Judiciário 17/96, que foi publicado na edição do DPJ do dia 3 de maio, estabelece que as correções nas comarcas do interior serão feitas sem prejuízo de idênticas medidas para a comarca da Capital.

Agindo em perfeita consonância com os atos do presidente Aloísio Batista, o corregedor geral Luiz Pedreira assinou portaria designando juízes para procederem correções nas varas da Capital.

A juíza Maria José Sales Pedreira foi designada para fazer correção judiciária e cartorial na 14ª Vara Cível. Os juízes Gerônimo dos Santos, Luiz Fernando Ramos e Ana Maria Assemany Borges foram designados pela mesma portaria para realizar inspeções, respectivamente, nas 1ª Vara de Família e Sucessões, 5ª Vara Cível e 3ª Vara dos Feitos Criminais.

As providências que estão sendo adotadas em conjunto pelo presidente do TJ e pelo corregedor geral da Justiça refletem, conforme afirmação do desembargador Aloísio Batista, a preocupação do TJ em melhorar os serviços da Justiça e conscientizar os magistrados,

serventuários e servidores da necessidade de se recuperar o tempo perdido.

Em medida semelhante, tomada anteriormente, o presidente Aloísio Batista já havia determinado a realização de correções em dois órgãos do Judiciário diretamente ligados a ele: a Secretaria do Tribunal Pleno e o Conselho da Magistratura. As correções estão sendo realizadas pela juíza Lealdina Torreão.

IV CONGRESSO ESTADUAL DOS MAGISTRADOS

Instalado na noite do dia 8 de maio, no Salvador Praia Hotel, o IV Congresso Estadual dos Magistrados teve como temática central a Lei 9.099/95 e os Juizados Especiais Criminais. Na ocasião, falou o presidente da Amab, desembargador Mário Albani. Na manhã do dia 9, o presidente da Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados — EPAM — e coordenador do evento, desembargador Gérson Pereira dos Santos, realizou a abertura dos trabalhos. Veja a palestra de abertura, na íntegra.

"O JUDICIÁRIO NÃO FOGE AO SEU MISTER"

MÁRIO ALBIANI

"O Tribunal de Justiça, a Associação dos Magistrados e a Escola de Preparação e Aperfeiçoamento de Magis-

trações — EPAM — promovem, a partir de hoje, até o dia 10 próximo vindouro, o IV Congresso dos Magistrados. Evento cuja significação se mede ao próprio entusiasmo de toda a classe. Não é apenas uma festa. É tomada de consciência; alegria e responsabilidade. Se, por um lado, o juiz, aqui, expõe e analisa as dificuldades que se lhe anteparam no ofício de julgar, debruça-se, conhece, como o cidadão que existe dentro de si, o Brasil imenso que necessita de nós, cada um de seus filhos, no quanto possamos oferecer, e também a Pátria que é devida a nós, que somos seus filhos, mas que somos, de igual forma, contribuintes, e temos de exigir dos homens públicos nada mais nada menos do que o cumprimento do dever. Neste ponto, somos apenas cidadãos em defesa de nossos direitos comuns de segurança, de paz, de saúde. Os anseios todos normais de existir, de ser feliz!

Partindo daí, do simplesmente humano, investigamos as causas de nossos conflitos como parte deles. Indagamos sobre os nossos destinos, em mãos dos governantes que escolhemos. Os nossos legisladores — senadores, deputados federais, estaduais, vereadores. E se, por momento, algo nos empana o brilho da mais rútila esperança, não nos é dado sucumbir, desesperar. Temos que prosseguir acreditando, para que não minguem as nossas resistências.

A tripartição dos poderes da República há posto, constitucionalmente, o Judiciário como o intérprete máximo da própria Constituição e de sua aplicação. Como fiscal absoluto dos princípios e normas assentados na Carta Magna, é o Judiciário, ainda, o garantidor do próprio regime democrático. E as-

sistimos, pasmos ou indiferentes, essa Constituição, que juramos servir, ser, de súbito e insistentemente, apontada como causa da inoperância do governo; seu sentido e sua forma, de repente, transfigurada em espantalho e razão dos erros todos, dos desmandos, a exigir, de pronto, a sua reforma urgente e a qualquer preço não por um poder constituinte, mas através dos arranjos convenientes aos interesses de poucos, que não a própria Nação. São essas, entre tantas, as preocupações que nos desafiam a mente, quando nos defrontamos, já no alvor de um novo século, com desafios aparentemente insuperáveis, que denunciam fome, exploração, violência..., descaso público.

Desmoronamentos e morte de pessoas na periferia urbana; conflitos sangüinários entre o homem do campo e policiais responsáveis pela ordem e segurança; a superlotação dos presídios; o tráfico de drogas nas favelas; a permissividade dos costumes, nos lupanares urbanos, toda essa gama de descrédito, de desrespeito aos postulados, a desconfiança e o abuso em toda parte, como se o homem, que é criação e inteligência, avançasse no espaço e no tempo para revelar-se não o anjo de Rousseau, mas o lobo de Hobbes.

Como se ser bom, conviver-se pacificamente, respeitar-se o alheio, querer-se o melhor, o justo, pudesse significar fraqueza, representar uma atitude inferior, e somente os espertos, os desonestos, os especuladores possuíssem, de fato, o dom e o direito de existir e sobreviver. Que valores são esses que nos assustam e nos afundam em solidão e insegurança? Que rosto tem hoje a humanidade? E que face do poder é capaz de transmitir confiança e trazer

algo de esperança aos que resistem? E se há culpados, onde estão eles? E se devem ser punidos, quem os fará?

Há os que dizem morosa a Justiça e apontam na procrastinação apenas o efeito, abstraídos da causa. Os que, apesar de informatizada a Justiça, e o esforço de bons juizes, asseveram que os processos não caminham quando contrariados os interesses de determinados grupos. E há pressões que se exercem sobre o Governo. Há grupos econômicos e entidades financeiras que jogam forte e institucionalizam o fisiologismo, a negociata de cargos e funções de alto escalão, a que o Governo se submete na expectativa de aprovação de reformas que, se necessárias ao País, têm antes de render a determinadas legendas partidárias, sequiosas, sempre, de maior poder grupal, dividendo certos.

Quem se atreve a desconhecer que não pode e que não deve o século XXI abrigar, ainda, tanta miséria, tanto desemprego massificado e assustador? Quem não entende que cada cidadão tem de ter um salário mínimo compatível com as suas necessidades existenciais e de sua família? Quem não entende inadmissível que o troglodita que ontem, na pré-história, tinha a sua caverna, possa hoje, na era da tecnologia superavançada, viver a mendigar um teto para morar? Se conhecemos o progresso e evoluímos sempre, cumprimos apenas a primeira parte do dístico desenhado no pendão da Pátria brasileira! Este nos reclama a parte restante: não apenas o progresso, mas "Ordem e Progresso"! Aí temos falhado.

Quem pode aceitar, em nome da humanidade, que indivíduos, cidadãos brasileiros, os chamados 'sem-terra',

sem trabalho, sem fortuna, tenham de ser tratados como marginais, tenham de morrer por um pedaço de chão. Sim, ressalve-se o direito de propriedade aos demais, mas que se não avilte a condição dos que nada possuem. Querem plantar, produzir, colher, ter a dignidade que somente o trabalho lhes pode assegurar.

É hora de cada um de nós, cidadãos, avaliar o drama e o perigo. Esperamos que Sua Excelência, o novo ministro da Reforma Agrária, saiba encarar o problema com inteligência e felicidade. Questionem-se as posições — o INCRA, o Ministério Público, as instituições locais, em cada região, as pastoraes, os sindicatos, as autoridades municipais — e resolvamos de uma vez por todas o problema, que não só nos aflige, mas nos expõe vergonhosamente perante as nações de todo o mundo. Será que o exercício de um direito deve ser feito criminosamente e o Governo deixe surgir, quase diariamente, novos conflitos de terra? É certo culpar ou pôr nos ombros do Judiciário e do Congresso Nacional o que se pode resolver, urgentemente, através de habituais medidas provisórias, como disse, recentemente, o ministro Sepúlveda Pertence, ou será mais justo proceder-se à desapropriação de terras improdutivas para assentamento de famílias desamparadas de brasileiros?

O Judiciário não foge ao seu mister e não precisa de controle externo para funcionar melhor e mais rápido. Precisa de exemplos. De meios que consolidem a sua autonomia financeira para, a seu critério e sob sua própria aferição, instalar suas comarcas, provê-las e movimentá-las, fiscalizando-as ele próprio, posto que, tanto ou mais que qual-

quer outro poder, conhece as suas responsabilidades e tem afã de servir. Por que não nos ajudam e tão-só criticam? E criticam sem conhecimento dos fatos, numa inconoclasta investida de abutres vorazes sobre as nossas mazelas. Eles, que também têm as suas, e não se apressam em extirpá-las!

Senhores juízes, este IV Congresso necessita das sábias lições de vossa experiência, dos altos conceitos dos vossos alfarrábios, da judiciosa decisão dos vossos juízos. Não devo retardar o sabor da escuta, fazendo-me prolixo e repetitivo nas nossas reivindicações intermináveis! Todos temos noção do exato e necessário. Agradeço a vossa presença, a de todos que aqui nos prestigiam — autoridades, advogados, estudantes, promotores, professores, todo este seletó auditório, assim como nós, todos preocupados com a verdade, todos aflitos por medidas eficazes, todos igualmente respeitadores e amantes da justiça e da lei. Obrigado, amigos!”

CORREGEDORIA BAIXA NORMAS SOBRE PESSOAL DE CARTÓRIOS

O corregedor geral da Justiça, desembargador Luiz Pedreira, assinou provimento, publicado na edição de 23 de maio do Diário do Poder Judiciário, dando prazo de oito dias para que os chefes ou responsáveis por serventias e ofícios judiciários promovam a retirada de pessoas estranhas aos serviços judiciários.

A providência, adotada para todo o estado, já havia sido anunciada pelo

corregedor desde a semana anterior, quando, em visita ao cartório do 12º Ofício do Tabelionato de Notas, em Brotas, classificou o local como sendo “um artesanato doméstico”, ao constatar que ali trabalhavam vários parentes do responsável, estranhos aos quadros do Poder Judiciário.

Com o Provimento 12/96, apenas será resguardado da determinação o servidor público que estiver formalmente designado pela autoridade competente para prestar serviço no local ou posto à disposição do Tribunal de Justiça. O mesmo aplica-se a servidores que estiverem prestando serviços judiciários por meio de convênio com o poder público.

ALTERADO O PADRÃO GRÁFICO DOS SELOS DE AUTENTICAÇÃO

O presidente Aloísio Batista assinou decreto judiciário, publicado na edição dos dias 25 e 26 de maio do DPJ, alterando o padrão gráfico dos selos usados nos atos de reconhecimento de firma, letra ou sinal, e de autenticação de fotocópias.

De acordo com o decreto, o novo padrão passou a vigorar a partir de 27 de maio nas comarcas de Salvador, Lauro de Freitas, Simões Filho, Camaçari, Dias D’Ávila, Candeias, São Francisco do Conde e Itaparica e entrará em vigor nas demais comarcas do estado a partir de 10 de junho.

Com a vigência do novo padrão, os selos com o modelo anterior perdem a validade. Conforme assinala o decreto

baixado pelo presidente do TJ, o recebimento dos novos selos pelo Tabelionato de Notas e demais cartórios que praticam atos de natureza notarial obrigará o seu uso imediato, antecipando-se assim os prazos de vigência citados anteriormente.

Também neste número do DPJ foi publicada portaria assinada pelo corregedor geral da Justiça, desembargador Luiz Pedreira, determinando aos juizes de direito das comarcas do interior o acompanhamento dos procedimentos relativos ao recolhimento dos selos que estão perdendo a validade.

A mesma portaria determina aos tabeliães de notas e dos demais cartórios que praticam atos de natureza notarial a obrigatoriedade de divulgar os novos selos, assim como estabelece que os serventuários da Justiça devem devolver ao IPRAJ o saldo remanescente dos selos que estão sendo substituídos.

CORREGEDORIA DISCIPLINA QUADRO DE VOLUNTÁRIOS DO JUIZADO DE MENORES

O corregedor geral da Justiça, desembargador Luiz Pedreira, baixou provimento, estruturando e disciplinando o quadro de servidores voluntários credenciados no Juizado de Menores. Com o Provimento 13/96, os voluntários passam a ser denominados comissários voluntários, sendo credenciados a partir de um teste seletivo.

No provimento, o corregedor geral da Justiça destaca os relevantes serviços que são prestados por esses volun-

tários, de forma gratuita. Também assinala que o credenciamento desses servidores gera direito a passe-livre em estabelecimentos particulares ou públicos, como casas de espetáculos e locais de diversão, e em transporte coletivo, daí se impor a medida de controle do quadro de voluntários.

Segundo a determinação do corregedor, o teste seletivo dos comissários voluntários deverá avaliar os conhecimentos do candidato sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de outros temas determinados pelo juiz competente, a quem caberá a elaboração e publicação de edital e a constituição da comissão examinadora.

SINDICÂNCIAS ABERTAS NO INTERIOR DO ESTADO

Os juizes Lourival de Jesus Ferreira e João Pinheiro da Cunha estão em Eunápolis onde farão sindicância com o objetivo de apurar irregularidades atribuídas ao juiz de direito daquela comarca, Jofre Caldas de Oliveira. Eles foram designados em portaria, pelo corregedor geral da Justiça, desembargador Luiz Pedreira, e têm prazo de oito dias para concluir a missão, encaminhando relatórios ao presidente Aloísio Batista e ao corregedor geral da Justiça.

A sindicância para processo disciplinar, acompanhada de correição geral nas atividades cartoriais, foi instaurada pela Corregedoria com base nas notícias de graves irregularidades supostamente cometidas por Jofre Caldas de Oliveira e no pedido de providências contra o magistrado proveniente do

A vara terá competência para processar e julgar crimes e contravenções penais cujas vítimas sejam crianças e adolescentes. A coordenadora executiva do Cedeca (Centro de Defesa da Criança e do Adolescente da Bahia), Hélia Barbosa, disse que a expectativa é grande, frisando que "uma das atividades do Cedeca consiste na luta pela quebra da impunidade nos homicídios e outras violências que vitimam crianças e adolescentes".

Atualmente o centro acompanha 20 ações em curso nas varas criminais e do júri, cuja tramitação leva, em média, de cinco a seis anos. "O elevado número de processos em curso nas varas para apuração e julgamento por um só magistrado tem provocado o emperramento na conclusão dos mesmos, tornando ineficaz a prestação da tutela do Estado-Juiz", diz Hélia Barbosa.

Embora ressalte tratar-se de estatísticas aproximadas, a coordenadora do Cedeca transmitiu alguns dados que revelam o crescimento da violência. Em 1993, uma pesquisa do Serviço de Valorização à Vida (SVV), ligado à Secretaria da Justiça, sobre morte violenta de crianças e adolescentes, mostrou 401 casos, dos quais 125 por acidentes de veículos, 129 homicídios e 47 mortes por acidentes em geral.

O Serviço de Valorização à Vida concluiu a pesquisa registrando, entre 1989 e 1993, 1.886 mortes, sendo 444 homicídios. Os demais casos foram por acidentes de trânsito e suicídio. Hélia Barbosa acrescenta que "houve recrudescimento nos casos de homicídios se comparados ao ano de 1992. Foram assassinadas 41 crianças e adolescentes".

Retrocedendo a 1985, o Cedeca informa que o Brasil ocupava o terceiro lugar em homicídios contra crianças e adolescentes, com 15,4% da taxa mundial. Em nível nacional, a Bahia esteve no quinto lugar, com 5%, e Salvador, a sexta cidade, com 3,9%. Em 1990, os homicídios passaram para a segunda posição, chegando a 25,9% no ano seguinte. No período de julho de 1991 a julho de 1992, a pesquisa do SVV revelou que as mortes violentas cometidas totalizaram 418 casos.

Em relação à faixa etária, tomando aquele mesmo período, verificou-se que as crianças de zero a 11 anos correspondiam ao índice de 49,28% e os adolescentes de 12 a 17 anos a 50,72% das mortes violentas. Em 38,8% dos casos houve exacerbação da violência. "Ficou notório na pesquisa que a maioria dos casos se caracteriza pela intenção de matar", ressalta a coordenadora, citando que, em 72,9% desses homicídios, foi utilizada arma de fogo.

Para o SVV, "o homicídio representa o silenciar de falas, o enterro de corpos, de sonhos e esperanças". Por isso, ressaltam seus dirigentes, a proposta de criação da Vara Especializada Criminal para Infância e Juventude tem despertado a atenção de organismos governamentais e não-governamentais.

TJ MODERNIZA SERVIÇOS E FACILITA ATENDIMENTO

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vai criar o SAJ — Serviço de Atendimento Judiciário, com o objeti-

ário e posteriormente referendado pelo Poder Executivo, a lei foi sancionada pelo governador Paulo Souto no dia 4 e está em vigor desde o dia 5, data em que foi publicada no Diário Oficial do Estado.

A seguir, a Lei 6.955 na sua íntegra:

**LEI 6.955,
DE 4 DE JUNHO DE 1996**

Dispõe sobre as custas dos serviços forenses e gratificação especial de incentivo.

O GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º — As tabelas de custas dos serviços forenses são as constantes dos Anexos I a XIV desta Lei, cabendo ao Tribunal de Justiça, periodicamente, mediante Resolução ou Decreto Judiciário, atualizá-las monetariamente.

Art. 2º — O presidente do Tribunal de Justiça fica autorizado a utilizar parte dos recursos arrecadados das custas dos serviços forenses, multas e outras cominações incidentes sobre as custas para melhoria da remuneração de todos os servidores do Poder Judiciário, a título de estímulo à eficiência, que não será incompatível com qualquer outra vantagem instituída.

Parágrafo único — A melhoria de remuneração prevista neste artigo não poderá contemplar alteração do vencimento ou salário-base, para o que será necessária autorização legislativa específica, na forma do art. 123, inc. VIII, alínea “a”, da Constituição Estadual.

Art. 3º — Para atender ao disposto no artigo anterior, altera-se o art. 8º da Lei 4.384, de 6 de dezembro de 1984, que passa a vigorar com a seguinte redação, ficando revogado seu parágrafo único:

“Art. 8º — Fica criado o Fundo de Aparelhamento Judiciário (FAJ), com objetivo de prover recursos para reequipamento material dos serviços da Justiça do Estado, podendo o presidente do Tribunal de Justiça destinar parte desses recursos para melhoria da remuneração de todos os servidores do Poder Judiciário”.

Art. 4º — A gratificação especial de incentivo, a que se refere o § 1º do art. 3º da Lei 4.655, de 23.12.85, com a redação dada pela Lei 6.411, de 19.06.92, passa a vigorar com as modificações da presente Lei.

§ 1º — Do total das custas efetivamente arrecadadas mensalmente pelo Poder Judiciário, este destinará 30% (trinta por cento), a título de gratificação especial de incentivo, para distribuição entre os serventuários da Justiça.

§ 2º — Os critérios para distribuição da gratificação especial de incentivo serão fixados em Resolução do Tribunal de Justiça.

Art. 5º — O direito à percepção da gratificação especial de incentivo sujeitar-se-á ainda à observância das seguintes regras:

I — o serventuário posto à disposição do Juízo de outras comarcas receberá a gratificação especial de incentivo da comarca de origem;

II — o serventuário designado para acumular cargo só receberá a gratificação correspondente se estiver vago;

III — Além de outros casos previstos em lei, perderá o direito à gratifica-



também o estabelecimento de taxa de conservação, a ser paga mensalmente pelo magistrado enquanto não forem alicados todos os imóveis.

JUDICIÁRIO RECADASTRA SEUS SERVIDORES

Começou, no dia 18 de junho, por decreto judiciário assinado pelo presidente Aloísio Batista, o recadastramento funcional dos servidores do Poder Judiciário da Bahia, envolvendo juízes (Capital e interior), servidores do IPRAJ, dos Juizados Especiais Cíveis (Capital e interior), da Secretaria do Tribunal, da Corregedoria Geral, do Juizado de Menores e serventuários (Capital e interior).

Os formulários de recadastramento, distribuídos pelo Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária, deverão ser complementados com as informações que faltarem, bem como ter os dados incorretos do servidor retificados, sendo então devolvidos ao IPRAJ nos prazos fixados. O servidor que não devolver o formulário no prazo terá seus vencimentos suspensos a partir do mês de setembro, podendo sofrer outras penalidades. Conforme o decreto assinado pelo presidente do Tribunal, a entrega dos documentos vai obedecer a um cronograma, compreendendo o período de 25 de junho a 12 de agosto. Os documentos serão entregues na sede do IPRAJ, em Sussuarana, e no Fórum Ruy Barbosa.

SOBRADINHO INAUGUROU O FÓRUM ALOÍSIO BATISTA

Após instalar a comarca de Sobradinho, o presidente Aloísio Batista inaugurou, a poucos metros da sede da CHESF, o fórum que, por iniciativa da comunidade local, recebeu seu nome. Diante de várias pessoas que, desde cedo, se concentraram no local, e sob os acordes do Hino Nacional, executado pela Banda de Música do 3º Batalhão da Polícia Militar de Juazeiro, o presidente hasteou a Bandeira brasileira, enquanto a juíza de Juazeiro, Rosa Correia Oliveira, e o prefeito Hamilton Pereira da Silva Filho hastearam, respectivamente, as Bandeiras da Bahia e de Sobradinho.

O imóvel onde funcionará o Fórum Aloísio Batista pertencia à CHESF, tendo sido doado à Prefeitura de Sobradinho, que, por sua vez, o doou ao IPRAJ. O prédio conta com toda a estrutura necessária ao funcionamento do fórum, como dependências para todos os cartórios e salão do júri, conforme informou o juiz Edvaldo Jatobá, da Vara Cível de Serrinha, primeiro juiz-substituto designado para a nova comarca.

Autoridades

Estiveram presentes às solenidades de instalação da comarca de Sobradinho e de inauguração do Fórum Desembargador Aloísio Batista, entre outras, as seguintes autoridades: secretário da Indústria, Comércio e Mineração, Jorge Khoury; deputados estaduais Pedro Alcântara e Francisco Donato L. Filho (PI); prefeito de Sobradinho, Hamilton Pereira da Silva Filho; gerente regional da CHESF, Zenil José Lira

Rego; juízes Rosa Correia Oliveira (Juazeiro), Graça Possídio (Juazeiro), Aloísio Batista Filho (São Francisco do Conde), José Carlos (Uauá) e Edvaldo Jatobá (Serrinha); comandante do 3º BPM de Juazeiro, major Ademir; assistente militar do TJ, tenente-coronel Roberto Lemos; presidente da OAB de Juazeiro, Antero da Silva; presidente da Câmara de Vereadores de Sobradinho, Antônio dos Santos; consultor geral da Presidência do TJ, Raimundo Medrado Primo; e o venerável da loja maçônica, Antônio Joaquim.

PRESIDENTE DO TRIBUNAL ENTREGA PROJETOS DE MINIRREFORMA NA AL

A mesa diretora do Tribunal de Justiça entregou, no dia 26 de junho, ao presidente da Assembléia Legislativa, deputado Otto Alencar, dois projetos de lei que tratam da minirreforma do Poder Judiciário e da alienação de cerca de 400 imóveis que o Tribunal tem no interior do estado, para uso de juízes de 1ª, 2ª e 3ª entrância.

Os projetos, aprovados em sessão ordinária do Tribunal Pleno, foram entregues pelo presidente Aloísio Batista, que esteve acompanhado do vice-presidente, Robério Braga, do corregedor geral da Justiça, Luiz Pedreira, e do diretor do Tribunal, Ruy Tourinho. "São dois instrumentos importantes", resumiu Aloísio Batista.

Tão logo recebeu os documentos das mãos do presidente Aloísio Batista, o deputado Otto Alencar, satisfeito com a presença maciça de parlamentares no seu gabinete, bem-humorado, disse:

"Será possível aprovar até mesmo uma emenda constitucional". Depois, complementou, em declaração à imprensa, que mesmo o deputado Paulo Jackson (PT) será favorável à criação da câmara especializada em julgamento de processos de crimes comuns cometidos por prefeitos, proposta que está no projeto da minirreforma.

"Ele foi um dos que reivindicaram a criação e, para ser coerente, deverá dar seu voto", comentou o presidente da Assembléia Legislativa.

Embora esteja sendo criada somente agora na Bahia, a câmara especializada para a punição de delitos e apuração de denúncias de corrupção no erário municipal já funciona no Rio Grande do Sul. De acordo com o deputado Otto Alencar, a câmara do Tribunal gaúcho "serviu de espelho para a Bahia, tendo a Assembléia enviado, até lá, alguns deputados, que fizeram um levantamento geral, trazendo para cá o modelo".

Otto Alencar ressaltou que "o presidente do Tribunal de Justiça tem atuado corretamente, resgatando os compromissos assumidos na sua posse". O deputado atentou ainda para a melhoria salarial que terão os serventuários em consequência do incremento da receita, decorrente da elevação das taxas cartorárias. Outros pontos favoráveis são o aumento do número de desembargadores e de comarcas, e a criação de cinco varas criminais, com a minirreforma.

Casas de Juízes

O segundo projeto trata da alienação de imóveis destinados a residências de juízes no interior do estado. Embora

sua conclusão não tenha prazo determinado, está previsto que a receita obtida com a venda dos imóveis será revertida na construção de fóruns e outras unidades da Justiça.

São 243 imóveis em todo o estado, entre casas e apartamentos, avaliados aproximadamente em R\$10 milhões. 62 casas estão desocupadas. Destas, 38 estão em comarcas onde não há juízes designados e 24 não foram ocupadas pelos magistrados que deveriam habitá-las.

PRESIDENTE DO TJ É CONDECORADO COM MEDALHA DO MÉRITO POLICIAL

O presidente Aloísio Batista recebeu, no dia dois de julho, a Medalha do Mérito Policial, outorgada pelo comando da Polícia Militar do Estado da Bahia, como reconhecimento pelos serviços que contribuíram para a segurança pública.

Outras 14 personalidades, entre as quais o cardeal dom Lucas Moreira Neves e o presidente da Assembleia Legislativa, deputado Otto Alencar, receberam a medalha.

O comando da PM entregou também a Medalha do Mérito Marechal Argolo, Visconde de Itaparica e o Título de Amigos da Polícia Militar. No total, foram condecoradas 89 pessoas, em solenidade no Quartel dos Afritos.

A medalha foi entregue ao presidente do Tribunal pelo governador Paulo Souto.

CONVÊNIO COM A FAPEX FOI EXTINTO PELO IPRAJ

Em portaria publicada no DPJ, o Instituto Pedro Ribeiro de Administração Judiciária — IPRAJ — extinguiu, a partir do dia 1º de julho, o convênio 026/93, celebrado com a Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão — Fapex.

Na mesma portaria, o IPRAJ devolveu à Fapex 149 servidores que lhe prestavam serviços, cujos nomes constam de uma relação publicada em anexo na mesma edição do DPJ.

Em razão do convênio extinto, aproximadamente 300 funcionários da Fapex prestavam serviços ao IPRAJ em diversos setores. Os demais servidores foram devolvidos logo nos primeiros dias da administração do presidente Aloísio Batista.

VARA CRIMINAL PRÓ-INFÂNCIA É ESPERADA COM MOBILIZAÇÃO

Na proposta de minirreforma enviada pelo Tribunal de Justiça à Assembleia Legislativa, está a criação de uma vara especializada no julgamento de crimes contra a criança e o adolescente. Segundo a Comissão Especial para Assuntos de Família, Infância e Juventude (Cefij), ligada ao Tribunal, organizações oficiais e organizações não-governamentais já estão mobilizadas no sentido de acompanhar a votação do artigo 8º da minirreforma, que prevê a criação da Vara Especializada Criminal para Infância e Juventude, nos moldes das de Recife e Porto Alegre.

A vara terá competência para processar e julgar crimes e contravenções penais cujas vítimas sejam crianças e adolescentes. A coordenadora executiva do Cedeca (Centro de Defesa da Criança e do Adolescente da Bahia), Hélia Barbosa, disse que a expectativa é grande, frisando que "uma das atividades do Cedeca consiste na luta pela quebra da impunidade nos homicídios e outras violências que vitimam crianças e adolescentes".

Atualmente o centro acompanha 20 ações em curso nas varas criminais e do júri, cuja tramitação leva, em média, de cinco a seis anos. "O elevado número de processos em curso nas varas para apuração e julgamento por um só magistrado tem provocado o emperramento na conclusão dos mesmos, tornando ineficaz a prestação da tutela do Estado-Juiz", diz Hélia Barbosa.

Embora ressalte tratar-se de estatísticas aproximadas, a coordenadora do Cedeca transmitiu alguns dados que revelam o crescimento da violência. Em 1993, uma pesquisa do Serviço de Valorização à Vida (SVV), ligado à Secretaria da Justiça, sobre morte violenta de crianças e adolescentes, mostrou 401 casos, dos quais 125 por acidentes de veículos, 129 homicídios e 47 mortes por acidentes em geral.

O Serviço de Valorização à Vida concluiu a pesquisa registrando, entre 1989 e 1993, 1.886 mortes, sendo 444 homicídios. Os demais casos foram por acidentes de trânsito e suicídio. Hélia Barbosa acrescenta que "houve recrudescimento nos casos de homicídios se comparados ao ano de 1992. Foram assassinadas 41 crianças e adolescentes".

Retrocedendo a 1985, o Cedeca informa que o Brasil ocupava o terceiro lugar em homicídios contra crianças e adolescentes, com 15,4% da taxa mundial. Em nível nacional, a Bahia esteve no quinto lugar, com 5%, e Salvador, a sexta cidade, com 3,9%. Em 1990, os homicídios passaram para a segunda posição, chegando a 25,9% no ano seguinte. No período de julho de 1991 a julho de 1992, a pesquisa do SVV revelou que as mortes violentas cometidas totalizaram 418 casos.

Em relação à faixa etária, tomando aquele mesmo período, verificou-se que as crianças de zero a 11 anos correspondiam ao índice de 49,28% e os adolescentes de 12 a 17 anos a 50,72% das mortes violentas. Em 38,8% dos casos houve exacerbação da violência. "Ficou notório na pesquisa que a maioria dos casos se caracteriza pela intenção de matar", ressalta a coordenadora, citando que, em 72,9% desses homicídios, foi utilizada arma de fogo.

Para o SVV, "o homicídio representa o silenciar de falas, o enterro de corpos, de sonhos e esperanças". Por isso, ressaltam seus dirigentes, a proposta de criação da Vara Especializada Criminal para Infância e Juventude tem despertado a atenção de organismos governamentais e não-governamentais.

TJ MODERNIZA SERVIÇOS E FACILITA ATENDIMENTO

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vai criar o SAJ — Serviço de Atendimento Judiciário, com o objeti-

vo de facilitar o acesso do público usuário aos seus serviços. Em fase final de elaboração, o projeto, a ser implantado no espaço anteriormente ocupado pela agência dos Correios, será totalmente informatizado e terá condição de fornecer com rapidez informações sobre todos os serviços prestados pela Justiça.

O SAJ vai substituir o ultrapassado balcão de informações que existe próximo à entrada principal do Fórum Ruy Barbosa. Funcionários qualificados e especialmente treinados operarão os quatro microcomputadores e dois terminais, que já estão sendo instalados. Com esses equipamentos de última geração, serão fornecidas rapidamente informações sobre localização dos órgãos do Judiciário e afins, suas atribuições, bem como a lotação de funcionários. Será dada, também, orientação sobre a documentação necessária para o acesso aos serviços judiciários.

Modernização

Incluída entre as prioridades administrativas do presidente Aloísio Batista, a modernização não se limitará apenas a essas melhorias. O serviço, de acordo com projeto a ser implantado simultaneamente, terá o apoio do "Alô Justiça", que, por meio de um sistema integrado de voz e fax, prestará as mesmas informações disponíveis no SAJ a partir de uma simples ligação telefônica, com a vantagem de funcionar 24 horas, inclusive aos sábados, domingos e feriados.

Outro serviço a ser implantado é o fornecimento de informações sobre o andamento de processos, por meio de quiosques multimídia de auto-atendi-

mento, semelhantes aos que existem na rede bancária e que foram recentemente implantados pela Justiça do Trabalho. O usuário necessitará apenas digitar o número correspondente para ter acesso a informações sobre o andamento de processos de 1º grau, ressalvados os que estejam protegidos por segredo de Justiça.

São dez quiosques. Serão instalados dois no SAJ, dois no Anexo e dois no térreo do Fórum Ruy Barbosa. Outros quatro ficarão nos 2º e 3º andares. Após a instalação desses serviços, que serão oficializados em decreto judiciário que o presidente Aloísio Batista publicará brevemente no DPJ, ocorrerá também a implantação de um moderno e eficiente sistema de sinalização de todas as dependências do TJ.

MELHORAR NÍVEL DE CONCILIAÇÃO É META DOS JUIZADOS ESPECIAIS

O Juizado Especial Cível de Ilhéus realizou uma audiência em que as partes, um francês e um austríaco, não falavam português, mas queriam solução para uma questão que os envolvia. A juíza Regina Caldeira Pimenta disse que os dois tiveram dificuldade para encaminhar o caso ao Juizado, mas, no final, chegaram a um consenso, acompanhados por uma conciliadora que fala francês, idioma usado na sessão de conciliação. "Foi um sucesso a ruptura de fronteiras", comentou a juíza. Segundo o supervisor geral dos Juizados, Ninaldo Aleluia, a conciliação nos Juizados é vista como um fator de paz

social na dissolução dos conflitos. O supervisor comentou que, na busca do crescimento dos níveis de conciliação, o Tribunal de Justiça, por determinação do presidente Aloísio Batista e pela Supervisão Geral dos Juizados, tem investido na adoção de medidas para o aprimoramento da figura do conciliador. A substituição de pessoal, o controle e a avaliação do ato de conciliar e a realização de encontros com os conciliadores são algumas medidas colocadas em prática.

Também marcante foi o fato relatado pelo conciliador Renato Cerqueira Quadros, ocorrido quando atuava no JPC de Piatã. Renato Quadros contou, com muita satisfação, que uma séria inimizade entre vizinhos, após a audiência de conciliação, terminou em longo aperto de mãos. "Fiquei muito alegre em poder colaborar para a harmonia entre as partes", disse.

JUDICIÁRIO SERÁ INTEGRADO AO SAC

O Poder Judiciário baiano vai integrar o SAC (Serviço de Atendimento ao Cidadão).

A parceria entre os dois poderes já foi definida em conversa entre o presidente Aloísio Batista e o governador

Paulo Souto e representa uma mudança na própria filosofia do Judiciário no que se refere à prestação dos seus serviços. Até então, o que se buscava era facilitar o acesso do cidadão aos serviços e, agora, com esse passo, o Tribunal procura levar os seus serviços onde está o cidadão.

Pioneiro no País, o Projeto SAC consiste na implantação de postos de atendimento em pontos estratégicos da cidade, visando atender à demanda de serviços como confecção de carteiras de identidade e trabalho, solicitação de ligações e reclamações nos setores de energia, telefone, água e esgoto, além de extrato de infrações de trânsito, compra e troca de passagens pelo sistema *ferry-boat*, dentre outros.

O ingresso do Tribunal de Justiça no projeto, com espaço próprio em postos a serem inaugurados pelo governo do estado, acrescentará a estes os vários serviços prestados pela Justiça, inclusive o fornecimento de certidão de nascimento, documento básico para a aquisição de praticamente todos os demais fornecidos pelas repartições integrantes do SAC.

Da mesma forma que ocorrerá na implantação do SAJ — Serviço de Atendimento Judiciário —, que modernizará os serviços e atendimento na sede do TJ, o ingresso do Poder Judiciário no Serviço de Atendimento ao Cidadão contará com o apoio da Corregedoria Geral da Justiça.

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO

A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO DIREITO INTERNACIONAL DA ATUALIDADE. TRATADOS INTERNACIONAIS RELEVANTES	
— Dulce Calmon B. P. Almeida (Doutrina)	15
ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA	
— Laura Scaldaferri Pessoa de Campos (Sentença)	219
AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE	
— (1ª Câm. Cív.)	59
AÇÃO CAUTELAR INOMINADA	
— (1ª Câm. Cív.)	61
AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA	
— Sentença substitutiva da declaração de vontade (1ª Câm. Cív.) ..	63
AÇÃO DE ALIMENTOS	
— (3ª Câm. Cív.)	125
AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA	
— Carência de ação. Falta de interesse de agir. Extinção do processo (1ª Câm. Cív.)	67
AÇÃO DE COBRANÇA	
— Nulidades processuais. Inexistência. Prestação de serviços. Falecimento do locador. Descabimento em ação de cobrança (1ª Câm. Cív.)	70
AÇÃO DE COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
— Prescrição e decadência (4ª Câm. Cív.)	159
	277

AÇÃO DE EXECUÇÃO	
— Inconstitucionalidade da imposição de sanção privativa de liberdade em face da interpretação literal e restritiva do texto constitucional. Improvimento do agravo (3ª Câ. Cív.)	127
AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE	
— Inexistência de título registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Improvimento do recurso (3ª Câ. Cív.)	129
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO	
— (4ª Câ. Cív.)	162
AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO	
— Proibição de comercialização de programa de computador desenvolvido por pessoa contratada e sua retirada de circulação. Liminar concedida. Livre arbítrio judicial para sua concessão (4ª Câ. Cív.)	164
AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE	
— Concessão de liminar. Ocupante de imóvel na qualidade de companheira do <i>de cujus</i> . Provimento do recurso (2ª Câ. Cív.)	94
— Liminar. Indeferimento pelo juiz <i>a quo</i> . Livre convencimento judicial (4ª Câ. Cív.)	166
— Valdecário de Oliveira Carneiro (Sentença)	223
— Valdecário de Oliveira Carneiro (Sentença)	226
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO	
— Caráter indenizatório. Liquidação por arbitramento. Improvimento (3ª Câ. Cív.)	130
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS	
— (3ª Câ. Cív.)	132
— (3ª Câ. Cív.)	134
— Eletrocussão. Responsabilidade objetiva (3ª Câ. Cív.)	138
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS PROPOSTA CONTRA BANCO	
— Prejuízos pela ação do gerente do estabelecimento ao cliente. Responsabilidade baseada na teoria do risco profissional. Agravo retido renunciado. Não-conhecimento. Confissão. Meio de prova. Mérito (2ª Câ. Cív.)	96
AÇÃO DE RITO SUMARÍSSIMO	
— (3ª Câ. Cív.)	141

AÇÃO DEMOLITÓRIA CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS	
— Intimação a empresa na pessoa que recebeu a citação inicial. Inequívoco acesso ao laudo. Documento particular. Prova de valor relativo. Multa que se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão (3ª Câ. Cív.)	142
AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA	
— Fatos alegados sem a correspondente produção de prova. Improcedência (1ª Câ. Cív.)	71
— Inexistência de vícios no ato citatório. Recurso improvido (3ª Câ. Cív.)	146
AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE PENSÃO	
— Pensionista de servidor público falecido (3ª Câ. Cív.)	148
AÇÃO POSSESSÓRIA	
— Interdito proibitório (3ª Câ. Cív.)	150
AÇÃO REIVINDICATÓRIA	
— Pedido reconvençional de usucapião. Inadmissibilidade (1ª Câ. Cív.)	73
ALIENAÇÃO DAS CASAS DE JUÍZES FOI REFERENDADA PELO PLENO	
— (Noticiário)	269
ALIMENTOS	
— Acordo extrajudicial entre cônjuges. Alteração somente através de ação de revisão. Julgamento <i>extra petitum</i> . Homologação (2ª Câ. Cív.)	100
ALMEIDA, DULCE CALMON B. P.	
— A proteção da pessoa humana no Direito Internacional da atualidade. Tratados internacionais relevantes (Doutrina)	15
ALMEIDA, IRANY FRANCISCO DE	
— Pedido de nulidade de título de crédito (Sentença)	241
ALOÍSIO BATISTA DÁ POSSE A MEMBROS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DO IPRAJ	
— (Noticiário)	259
	279

ALTERADO O PADRÃO GRÁFICO DOS SELOS DE AUTENTICAÇÃO	
— (Noticiário)	265
ALVES JR., MÁRIO AUGUSTO ALBIANI	
— Tráfico de entorpecente (Sentença)	246
ANEXO DO FÓRUM SERÁ RECUPERADO	
— (Noticiário)	259
AQUISIÇÃO DE AÇÕES BANCÁRIAS	
— Autorização. Processo de inventário e partilha (1ª Câm. Cív.)	74
ATO ADMINISTRATIVO DEMISSSIONAL DE SERVIDOR CELETISTA	
— Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, com recurso apelatório. Ofensa a preceito constitucional. Competência da justiça comum para declarar sua nulidade. Reintegração por força da mesma sentença e por superveniência de regime estatutário único (1ª Câm. Cív.)	76
BRITO, JUVINO HENRIQUE SOUZA	
— Furto qualificado (Sentença)	228
BULOS, UADI LAMÊGO	
— Mudança informal da Constituição (Doutrina)	32
CAMPOS, LAURA SCALLDAFERRI PESSOA DE	
— Absolvição sumária (Sentença)	219
CARNEIRO, VALDECÍRIO DE OLIVEIRA	
— Ação de reintegração de posse (Sentença)	223
— Ação de reintegração de posse (Sentença)	226
CARVALHO, RAYMUNDO DE SOUZA	
— Interdito proibitório (Sentença)	236
CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	
— Fornecimento de água. Falta de pagamento. Corte. Inexistência de direito líquido e certo amparável por mandado de segurança (2ª Câm. Cív.)	102
CONCORDATA PREVENTIVA	
— (4ª Câm. Cív.)	167

CONDENAÇÃO EM PERDAS E DANOS	
— Não-intervenção do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Improvimento (1ª Câm.Cív.)	78
CONDOMÍNIO <i>PRO DIVISO</i>	
— Imóvel. Alienação de parte ideal (2ª Câm.Cív.)	103
CONSTRANGIMENTO ILEGAL	
— Crime praticado por militar em trajes civis (2ª Câm. Crim.) ..	198
CONVÊNIO COM A FAPEX FOI EXTINTO PELO IPRAJ	
— (Noticiário)	272
CORREGEDORIA BAIXA NORMAS SOBRE PESSOAL DE CARTÓ- RIOS	
— (Noticiário)	265
CORREGEDORIA DISCIPLINA QUADRO DE VOLUNTÁRIOS DO JUIZADO DE MENORES	
— (Noticiário)	266
CORREIÇÕES REALIZADAS TAMBÉM NA CAPITAL	
— (Noticiário)	262
CUSTÓDIA PRÉVIA	
— Decreto desfundamentado. Deferimento do recurso (Cons. da Magist.).....	47
DECRETO DETERMINA COBRANÇA DAS NOVAS CUSTAS FO- RENSES	
— (Noticiário)	267
DESERÇÃO	
— Não-conhecimento (2ª Câm. Cív.)	106
DESOBEDIÊNCIA	
— Ordem judicial.Liminar. Interdito proibitório. Sanção civil. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câm. Crim.)	174
DIREITO A RETENÇÃO POR BENFEITORIA	
— Renúncia contratualmente expressa e inoportunidade processual de manifestação (1ª Câm. Cív.)	80
	281

DIREITO E PODER POLÍTICO. ESTADO E DIREITO. O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

- Paulo Modesto (Doutrina) 24

DIREITO TRIBUTÁRIO

- ICM. Crédito excedente pago em outro estado da Federação (Pernambuco) (3ª Câ. Cív.) 152

DIVÓRCIO

- Separação de fato por 15 anos. Alegação de má conduta. Provas inconclusivas. Concubinato intercorrente do autor. Pensão alimentícia (2ª Câ. Cív.) 108

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- Crédito rural sujeito a correção monetária. Expurgo indevido (1ª Câ. Cív.) 81

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA

- Nulidade. Inocorrência. Correção de cálculos. Recurso improvido (3ª Câ. Cív.) 154

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Apelação cível impugnando sentença proferida em embargos à execução fiscal (1ª Câ. Cív.) 83

EMBARGOS DE TERCEIRO

- (1ª Câ. Cív.) 85
— Execução fiscal. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Capital integralizado. Ausência de citação pessoal de sócio para a penhora dos seus bens pessoais. Nulidade. Recurso adesivo. Honorários advocatícios (2ª Câ. Cív.) 109

EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO

- Juros de mora reduzidos à taxa de 12% ao ano. Preceito constitucional dependente de regulamentação (1ª Câ. Cív.) 87

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

- (3ª Câ. Cív.) 156

EXCESSO PRAZAL

- Alegações finais. Defesa. Procrastinação. *Habeas-corpus*. Deferimento (1ª Câ. Crim.) 176

FORMAÇÃO DE QUADRILHA	
— Caracterização. Condenação <i>extra petita</i> (2ª Câ. Crim.) ...	200
FURTO QUALIFICADO	
— Juvino Henrique Souza Brito (Sentença)	228
GÉRSON PEREIRA TOMA POSSE NA DIRETORIA DA EPAM	
— (Noticiário)	258
GRATUIDADE	
— Assunção das despesas pelo agravante (3ª Câ. Cív.)	158
HOMICÍDIO	
— Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Conjunto probatório. Concurso. Absolvição. Pena aplicada aos demais acusados. Apelação criminal. Novo julgamento. Provimento parcial (1ª Câ. Crim.)	178
— Co-autoria. Decisão contrária à prova dos autos (2ª Câ. Crim.)	203
— Legítima defesa própria. Inexistência (1ª Câ. Crim.)	180
— Relação de causalidade. Pronúncia. Fungibilidade dos recursos (2ª Câ. Crim.)	204
HOMICÍDIO QUALIFICADO	
— Flagrante. Denúncia. Excesso de prazo. Crime hediondo. Liberdade provisória. <i>Habeas-corpus</i> . Deferimento (1ª Câ. Crim.)	181
HOMICÍDIO SIMPLES	
— Absolvição do réu. Legítima defesa própria (1ª Câ. Crim.)	184
ICMS	
— Apelação cível. Mandado de segurança. Exigência do pagamento do débito com correção monetária pela TRD. Descabimento. Prazo decadencial. Início da fluência. Parcelamento do pagamento em prestações. Renovação a cada ato. Atos de trato sucessivo. Precedentes jurisprudenciais. Preliminar rejeitada (4ª Câ. Cív.)	169
INCIDENTE DE EXECUÇÃO	
— Wolney de Azevedo Perrucho Júnior (Sentença)	233
INQUÉRITO POLICIAL MILITAR	
— Arquivamento. Recurso <i>stricto sensu</i> (2ª Câ. Crim.)	206
	283

ISS	
— Embargos à execução. Tempestividade. Serviços não incluídos na lista do Decreto-lei 406/68. Caracterização das atividades como fornecimento de mão-de-obra e locação de bens móveis. Idoneidade da prova pericial (2ª Câ. Cív.)	112
INSTITUÍDO O GRUPO DE CORREIÇÃO ITINERANTE	
— (Noticiário)	260
INTERDITO PROIBITÓRIO	
— Raymundo de Souza Carvalho (Sentença)	236
JUDICIÁRIO RECADASTRA SEUS SERVIDORES	
— (Noticiário)	270
JUDICIÁRIO SERÁ INTEGRADO AO SAC	
— (Noticiário)	275
JUIZADOS CRIMINAIS SÃO MAIS UM PASSO PARA A DESPENALIZAÇÃO	
— (Noticiário)	261
JÚRI	
— Recurso em sentido estrito. Desclassificação do crime de homicídio sob a forma tentada para a sua modalidade simples. Provimento do recurso ministerial (2ª Câ. Crim.)	208
LIBERDADE PROVISÓRIA	
— Concessão. Inaplicabilidade do art. 574, I, do Código de Processo Penal (2ª Câ. Crim.)	209
— Crime hediondo. Homicídio qualificado. Flagrante. Desnecessariedade da preventiva. Habeas-corpus. Deferimento (1ª Câ. Crim.)	185
LIVRAMENTO CONDICIONAL	
— Requisitos (2ª Câ. Crim.)	210
LOCAÇÃO RESIDENCIAL	
— Acessões (plantações e construções). Oposição do locador. Indenização. Nenhum direito do locatário (2ª Câ. Cív.)	114
MANUTENÇÃO DE POSSE	
— Desatendimento aos requisitos do art. 927 do Código de Processo	

Civil. Posse fundamentada em domínio. Concessão da proteção possessória em favor do acionado (2ª Câ. Cív.)	115
MELHORAR NÍVEL DE CONCILIAÇÃO É META DOS JUIZADOS ESPECIAIS	
— (Noticiário)	274
MENOR SOB GUARDA	
— Norma do Estatuto da Criança e do Adolescente que lhe confere a condição de dependente do guardião. Assistência médica supletiva prestada por empresa privada. Denegação da segurança (Cons. da Magist.)	48
MODESTO, PAULO	
— Direito e poder político. Estado e direito. O problema da legitimidade (Doutrina)	24
MUDANÇA DE REGIME CARCERÁRIO	
— Meio impróprio. Não-conhecimento (Cons. da Magist.)	50
MUDANÇA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO	
— Uadi Lamêgo Bulos (Doutrina)	32
NARCOTRÁFICO	
— Decreto de prisão preventiva. <i>Habeas-corpus</i> liberatório (1ª Câ. Crim.)	187
NATUREZA JURÍDICA DA PARTICIPAÇÃO DOS LUCROS OU RESULTADOS	
— Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro (Doutrina)	44
PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA	
— (1ª Câ. Cív.)	88
PEDIDO DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO	
— Irany Francisco de Almeida (Sentença)	241
PENHORA	
— Natureza jurídica. Propriedade do bem. Ações de sociedade anônima. Direito de propor ação de dissolução e liquidação (2ª Câ. Cív.)	119
PENSÃO POR MORTE DO SEGURADO EM FAVOR DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE	

— Aplicação do disposto no art. 201, V, da Constituição Federal (1ª Câmara Cív.)	90
PERRUCHO JÚNIOR, WOLNEY DE AZEVEDO	
— Incidente de execução (Sentença)	233
PRESIDENTE DÁ POSSE AO PRIMEIRO ESCALÃO DO TJ	
— (Noticiário)	257
PRESIDENTE DO TJ É CONDECORADO COM MEDALHA DO MÉRITO POLICIAL	
— (Noticiário)	272
PRESIDENTE DO TRIBUNAL ENTREGA PROJETO DE MINIRREFORMA NA AL	
— (Noticiário)	271
PRISÃO PREVENTIVA	
— Desfundamentação (2ª Câmara Crim.)	212
— Desfundamentação. Autoria. Prova. Necessariedade. <i>Habeas corpus</i> . Indeferimento (1ª Câmara Crim.)	187
— Necessidade de sua decretação. Crime hediondo. Garantia da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Indeferimento (Cons. da Magist.)	51
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	
— Ausência de dolo. Advertência (Cons. da Magist.)	52
PROCESSO JUDICIAL DE REGRESSÃO DE REGIME	
— Nulidade (1ª Câmara Crim.)	189
QUADRO DA MAGISTRATURA NECESSITA DE AMPLIAÇÃO	
— (Noticiário)	258
IV CONGRESSO ESTADUAL DOS MAGISTRADOS	
— (Noticiário)	262
QUEIXA-CRIME CONTRA VEREADOR MUNICIPAL	
— Juízo singular (Câms. Crims. Reuns.)	173
RECLAMAÇÃO	
— Rejeição parcial da denúncia. Inadequação. Não-conhecimento (Cons. da Magist.)	54

RECLAMAÇÃO PROCESSUAL

- Falta de documentos comprobatórios das alegações do reclamante e descumprimento do § 2º do art. 157 do RI do TJ-BA, de referência à tempestividade da reclamação. Não-conhecimento (Cons. da Magist.) 55

RECURSO DE *HABEAS-CORPUS*

- Improvimento (1ª Câm. Crim.) 189

REGRESSÃO DE REGIME DO SEMI-ABERTO PARA O FECHADO

- *Habeas-corpus* (1ª Câm. Crim.) 190

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Intransmissibilidade por ato de quem não a exercia. Descabimento da exceção de domínio (1ª Câm. Cív.) 92

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Acidente de veículos. Auto-ônibus atropelando motocicleta. Falta de habilitação do condutor desta e de prova de sua propriedade. Irrelevância. Comprovantes de despesas médico-hospitalares juntos depois da propositura da ação, mas antes da citação. Possibilidade. Culpa comprovada. Obrigação de indenizar (2ª Câm. Cív.) 120
- Concessionária de energia elétrica. Transformador com a caixa aberta e expondo pessoas aos riscos de eletrocussão. Culpa. Obrigação de indenizar. Honorários de advogado. Triunfante em gozo de assistência judiciária. Prevalência do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil (2ª Câm. Cív..) 123

RIBEIRO, LÉLIA GUIMARÃES CARVALHO

- Natureza jurídica da participação dos lucros ou resultados (Doutrina) 44

ROUBO

- Insuficiência de provas. Consumação. Improvimento (1ª Câm. Crim.) 192

ROUBO EM CO-AUTORIA

- Sentença condenatória (2ª Câm. Crim.) 213

SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Declaração de paradeiro incerto do *ex adverso*. Citação editalícia. Dolo. Endereço conhecido. Vantagem obtida. Pretensão vitoriosa.

Curador à lide. <i>Munus</i> mal desincumbido. Apatia. Prejuízo. Defesa cerceada (Câms. Cívs. Reuns.)	56
SINDICÂNCIAS ABERTAS NO INTERIOR DO ESTADO	
— (Noticiário)	266
SOBRADINHO INAUGUROU O FÓRUM ALOÍSIO BATISTA	
— (Noticiário)	270
TENTATIVA DE HOMICÍDIO	
— Absolvição pelo Tribunal do Júri. Apelação. Preliminar rejeitada (1ª Câ. Crim.)	193
— Desclassificação. Legítima defesa putativa. Excesso. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Apelos simultâneos. Improvimento. Não-conhecimento. Extinção da punibilidade. Prescrição (1ª Câ. Crim.)	194
TRÁFICO DE ENTORPECENTE	
— Mário Augusto Albiani Alves Jr. (Sentença)	246
TRÁFICO DE MACONHA	
— Trancamento da ação penal (1ª Câ. Crim.)	196
TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL	
— Matéria discutível e de alta indagação. Indeferimento (1ª Câ. Crim.)	197
TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL	
— Paciente vereador. Inviolabilidade. Inteligência do art. 29, VI, da Constituição Federal (2ª Câ. Crim.)	214
TJ MODERNIZA SERVIÇOS E FACILITA ATENDIMENTO	
— (Noticiário)	273
TJ RECONDUZ AMADIZ BARRETO PARA MAIS DOIS ANOS NO TRE	
— (Noticiário)	267
VARA CRIMINAL PRÓ-INFÂNCIA É ESPERADA COM MOBILIZAÇÃO	
— (Noticiário)	272

ÍNDICE NUMÉRICO

12281-6	Ação rescisória de Saúde	56
5744-7	Agravo de instrumento da Capital	158
15105-3	Agravo de instrumento da Capital	61
15371-7	Agravo de instrumento da Capital	164
17042-9	Agravo de instrumento de Capim Grosso	94
21276-4	Agravo de instrumento de Amélia Rodrigues	166
22340-3	Agravo de instrumento de Feira de Santana	73
130/87	Agravo de instrumento da Capital	127
11540-6/93	Agravo de instrumento de Anagé	156
15485-6/94	Agravo de instrumento da Capital	74
20463-3/95	Agravo de instrumento da Capital	88
694-2	Apelação cível de Itapetinga	159
8051-9	Apelação cível de Camaçari	115
9173-4	Apelação cível de Nova Fátima	167
10639-4	Apelação cível de Ilhéus	109
12270-3	Apelação cível de Caculé	78
12857-0	Apelação cível da Capital	96
12947-9	Apelação cível da Capital	146
15486-3	Apelação cível da Capital	100
15847-6	Apelação cível da Capital	162
17143-1	Apelação cível de Feira de Santana	119
17378-4	Apelação cível de Catu	108
17631-6	Apelação cível da Capital	112
18269-4	Apelação cível da Capital	123
19022-5	Apelação cível de Barreiras	102
19269-8	Apelação cível da Capital	169
20067-1	Apelação cível de Riachão do Jacuípe	120
20683-5	Apelação cível de Itaparica	114
20702-5	Apelação cível da Capital	106
21493-5	Apelação cível da Capital	80
21923-8	Apelação cível da Capital	85
22130-7	Apelação cível de Araci	92
22195-8	Apelação cível de Santa Maria da Vitória	81

22797-2	Apelação cível da Capital	76
24018-4	Apelação cível de Guanambi	71
647/87	Apelação cível de Juazeiro	152
815/88	Apelação cível de Santo Antônio de Jesus	141
1351/90	Apelação cível de Entre Rios	103
916-3/91	Apelação cível de Canavieiras	125
3782-9/92	Apelação cível da Capital	67
3932-9/92	Apelação cível da Capital	138
5391-6/92	Apelação cível de Esplanada	63
5765-6/92	Apelação cível de Gandu	134
7669-7/93	Apelação cível da Capital	148
8332-9/93	Apelação cível da Capital	142
8385-0/93	Apelação cível da Capital	132
9291-7/93	Apelação cível de Barreiras	87
10442-1/93	Apelação cível de Valença	70
13275-2/94	Apelação cível da Capital	129
16062-7/94	Apelação cível da Capital	59
17800-1/94	Apelação cível da Capital	150
18501-7/94	Apelação cível da Capital	130
19899-6/95	Apelação cível da Capital	90
21733-4/95	Apelação cível de Dias D'Ávila	154
7430-6	Apelação criminal de Rui Barbosa	178
8445-1	Apelação criminal da Capital	192
12694-3	Apelação criminal da Capital	184
13880-3	Apelação criminal de Palmas de Monte Alto	180
14040-3	Apelação criminal da Capital	213
14103-5	Apelação criminal de Ilhéus	193
167/84	Apelação criminal da Capital	194
21332-7/95	Apelação criminal de Ilhéus	203
21706-7/95	Apelação criminal de Santo Antônio de Jesus	200
21970-7/95	Apelação criminal de Teixeira de Freitas	198
7453-9/93	Embargos de declaração na apelação cível da Capital	83
20406-8	Exceção de incompetência de Xique-Xique	173
8511-0	<i>Habeas-corpus</i> de Paratinga	51
11293-2	<i>Habeas-corpus</i> de Miguel Calmon	197
12855-6	<i>Habeas-corpus</i> de Sento Sé	187
13261-8	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	190
18929-5	<i>Habeas-corpus</i> de Mata de São João	212
18983-9	<i>Habeas-corpus</i> de Santa Maria da Vitória	24
19213-6	<i>Habeas-corpus</i> de Pojuca	185
19380-2	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	196
19456-1	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	189
20313-8	<i>Habeas-corpus</i> de Carinhanha	174

20584-7	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	176
21153-6	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	50
1187-6/93	<i>Habeas-corpus</i> de Itaparica	187
20194-3/95	<i>Habeas-corpus</i> de Juazeiro	181
24574-7/95	<i>Habeas-corpus</i> de Itabuna	214
26038-4/95	<i>Habeas-corpus</i> da Capital	210
19659-2	Mandado de segurança de Alagoinhas	48
CO7480-2/94	Processo administrativo disciplinar de Alagoinhas ..	52
19747-7	Reclamação de Porto Seguro	54
22942-7	Reclamação processual de Formosa do Rio Preto ..	55
15612-3	Recurso criminal da Capital	208
19726-8/95	Recurso criminal de Pojuca	204
11247-0	Recurso de <i>habeas-corpus</i> de Castro Alves	189
19247-2	Recurso de <i>habeas-corpus</i> da Capital	209
19029-4/95	Recurso em sentido estrito da Capital	206