DA AÇÃO DISCRIMINATÓRIA

JACY DE ASSIS

PROCURADOR GERAL DO ESTADO DE GOIÁS. Diretor e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Uberlândia

1. A ação discriminatória, visando a **separar** as terras devolutas das particulares, é um processo de procedimento edital judicial: não puro, mas misto.

O procedimento edital (1) judicial, oriundo do direito alemão, **autgeotverlanren** (Z. P. O.), § 946; ROSENBERG, **tratado de Derecho Procesal Civil**, trad. argentina de 1955, tomo II, § 165. p. 578; GOLDSCHMIDT, **Derecho Procesal civil,** trad. espanhola da Labor, de 1936, p. 890; SCHONKE **Derecho Procesal Civil,** trad. espanhola de 1950, § 99, p. 493) e do direito italiano. **per publici proclami** (CHIOVENDA, **Princípios,** tradução espanhola de 1941, tomo II, § 734, é um **juízo de provocatio ad agendum** (PONTES DE MIRANDA, Código de Processo Civil, 2.ª ed., tomo V p. 19. tomo VII págs. 320, 363, 367, tomo VI pág. 397; ALFREDO BUZAID, **Ação Declaratória,** n.º 103, pág. 112 e n.º 105, p. 137; LOPES DA COSTA, **Direito processual civil,** 2.ª ed. vol. IV, n.º 516, p. 379 e vol. II. p. 235).

Por êle (Lei n.º 3.081, de 22 de dezembro de 1956), são chamados à instância os interessados, **ausentes e desconhecidos**, não para contestar o pedido do autor na forma do procedimento ordinário, MAS PARA EXIBIR os títulos de seu domínio particular de maneira a permitir o **deslinde**. isto é, **a demarcação** das terras, estabelecendo uma linha de separação entre as públicas e as particulares.

Isto porque as terras devolutas não têm divisas certas, nem no solo, nem nos títulos, uma vez que se estabilizaram no domínio público por exclusão e remanescência da ocupação e do domínio particulares (FRANCISCO MORATO, em **Revista Forense**, vol. 97, p. 247; THEMÍSTOCLES CAVALCANTI. em **Arquivos do Ministério da Justiça**, vol. 16, dezembro de 1945, p. 91; sentença do Juiz CARLOS DIAS, confirmada pelo TJ de São Paulo, em **Revista Forense,** vol. 123, p. 469).

2 Na discriminatória, há três fases:

a) — a preliminar. de chamamento à instância, de jurisdição, graciosa, e que antes era mesmo chamada administrativa, (THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, cit.) em que os **terceiros ausentes ou desconhecidos,** INDIVIDUANDO-SE, alegam e provam o seu domínio, levando "a juízo os títulos em que fundarem suas alegações, **devidamente filiadas**, para prova do domínio particular";

b) — a segunda, de procedimento ordinário, resultante ou criada pela impugnação que a Fazenda Pública deduzir contra os títulos exibidos;

c) — a terceira, de demarcação, face à homologação do deslinde administrativo, ou à sentença definitiva do processo contencioso.

3 A emenda n.º 4-C da Comissão

Especial do Senado Federal ao projeto (**Arquivos do Ministério da Justiça**, vol. 53, de março de 1955, p. 96) pretendeu instituir o procedimento edital puro, mandando que os interessados, após o prazo do edital, deduzissem **a sua oposição** à discriminatória (Arquivos, cit., vol. 59, setembro de 1956. ps. 213 e 216). Mas a Comissão Especial da Câmara dos Deputados rejeitou a emenda:

> "A primeira de suas modificações consiste em substituir no art. 5.º do projeto a palavra **contrariedade** por **oposição**.
>
> Em matéria processual, a oposição é uma forma específica, excepcional , de contrariar o direito da parte, mas nem tôda contrariedade se manifesta por oposição.
>
> Como quer a emenda, a única defesa possível do réu seria por oposição. o que é restringir sua defesa e alterar a lei processual, pois é quase certo que na discriminatória não é possível ocorram com frequência as hipóteses de defesa por oposição.
>
> O têrmo **contrariedade** é mais amplo e o que cabe na hipótese, e não exclui o uso da oposição se fôr o caso, que é uma das formas de contrariar o pedido ou a pretensão das partes em juízo" (**Arquivos**, cit., vol. 60, dezembro de 1956, p. 199).

4 Na primeira fase, apresentados os títulos de domínio e as alegações dos terceiros convocados ao procedimento edital, a Fazenda Pública aceitará ou não aceitará aquêles e aquelas.

Se aceitar, vale dizer. se os títulos comprovarem o domínio particular, estará realizado administrativamente o **deslinde**.

Se não aceitar, os títulos recusados serão remetidos à fase contenciosa.

5 Se a Fazenda Pública impugnar os títulos exibidos pelos terceiros (art. 5.º, segunda parte), instaura-se a fase contenciosa. com um procedimento ordinário **dúplice**, em que tanto o autor, como os terceiros já tornados réus pela individualização. podem contestar **o direito e a pretensão recíprocas**.

Por êsse motivo é que o procedimento edital judicial passa **a ser misto**, de vez que permite não apenas **a oposição dos terceiros**, como em outros processos do mesmo tipo (ex., o registro Torrens), mas também uma contestação às pretensões recíprocas. Isto mesmo se verificava no sistema anterior do Decreto-lei n.º 9.760 de 5 de setembro de 1946, para a discriminação das terras devolutas da União (arts. 39, 44 e 45).

Não haverá necessidade de **citação pessoal** (por mandado ou precatória) pois o procedimento edital teve **uma citação edital**, que vale para as três fases da discriminatória (art. 4.º parágrafo único).

E porque os **terceiros**, individuando-se para expor a sua pretensão na primeira fase. face à impugnação, ficam tornados **réus** na relação jurídica processual que se instaura, pelo simples despacho do Juiz ao mandar que se abra para êles o "prazo para a contestação" (art. 5.º, parágrafo único).

6 Se aos títulos dos terceiros "devidamente filiados para prova do domínio particular", não houver impugnação da Fazenda Pública, o Juiz julga a discriminatória (confere: art. 45 do Decreto-lei n.º 9.760, de 1946), pois não se instaura a segunda fase; segue-se à sentença a demarcação que é a terceira fase.

Se houver impugnação, a contestação há de conter argüição de domínio, **com prova plena**, ou de posse capaz de gerar usucapião; não bastará ao contestante NEGAR o domínio do Estado. Não tem a contestação, assim, o conceito de simples **resistência** (CARNELUTTI) à pretensão do autor, do processo comum; mas, na **duplicidade** do **procedimento**, a declaração positiva do domínio particular para ser **separado** do domínio do autor.

7 A emenda n.º 2C da Comissão Especial do Senado Federal pretendia impor à Fazenda Pública a prova de propriedade das terras objeto da discriminatória (**Arquivos**, cit. vol. 59, p. 213); mas a Comissão Especial da Câmara dos Deputados rejeitou-a. com precisão mostrando que, nas discriminatórias, há inversão de ônus da prova, eis que "por tradição histórica e legal, a prova das terras públicas e sua consequente discriminação deve repousar, antes de mais nada, na resultante da existência das terras particulares; é uma prova por exclusão" (**Arquivos**, cit., vol. 60. p. 198). Cabe, exclusivamente, aos terceiros **a prova plena de seu domínio** particular, a fim de excluir a pretensão da Fazenda Pública (**Arquivos**, cit. vol. 60, p. 198).

E por isso a sentença não atribui domínio algum ao autor na discriminatória; êste preexiste à propositura da ação e é dela pressuposto. A sentença tem efeito meramente declaratório do domínio estatal.

Face à sentença de homologação, por não ter a Fazenda Pública feito impugnações; ou face à sentença definitiva que decidiu o processo contencioso. realiza-se a demarcação, que é assim **a fase executória** da discriminatória, e esta demarcação deverá ser homologada.

A transcrição das sentenças no registro público (art. 10) é apenas um efeito secundário.

8 Pode ocorrer a hipótese de que a Fazenda Pública aceite alguns títulos e recuse outros.

O processo contencioso se instaura com os titulares dos documentos recusados, e os aceitos ficarão aguardando a fase executória. quando a sua área será **separada** da área das terras discriminadas, sendo a sentença homologatória da demarcação.

9 Não há absolutamente necessidade de **citações pessoais** para a ação discriminatória; basta para todos os interessados a que se contém no procedimento **edital**, ou com mais clareza, o **edital** contém a **citação** implícita para tôdas as três fases da discriminatória.

O procedimento edital não é uma forma de citação, mas uma forma de processo, **em que aquela nesta** se pode conter.

Se a Fazenda Pública tiver certeza de que a sua propriedade está na posse ou no domínio de **pessoas determinadas**, não pode usar de **discriminatória**, mas sim de ação dominial ou possessória.

A discriminatória não visa a obter domínio, nem posse; apenas a **separar** o domínio particular do público.

O disposto no artigo 4.º da Lei 3.081/56 deve ser entendido como **citação edital**, pois a ação é um juízo de provocação dos "interessados ausentes ou desconhecidos", e não uma citação a réus conhecidos.

O procedimento edital se realiza quando o autor se dirige a pessoas **desconhecidas ou indeterminadas** por meio judicial, para que façam valer, em certo prazo, as suas pretensões em relação a um determinado bem ou objeto, sob pena de que. omitindo-se, ficarão excluídas as referidas pretensões para sempre (**Chiovenda**, Princípios, citado).

10 Como consequência da exposição:

a — a ação discriminatória não é ação dominial, nem possessória;

b — nela não se instaura uma relação jurídica processual, de início, e pois não se cita pessoa alguma para integrar uma relação jurídica;

c — é ela tìpicamente de procedimento edital, especialmente na primeira fase. que é de jurisdição graciosa;

d — no procedimento edital, o edital convoca todos os interessados, conhecidos ou desconhecidos, presentes ou ausentes — para. como **terceiros**, comparerem a juízo e exibirem os títulos de domínio privado, que permitam o seu **deslinde** do domínio público;

e — na primeira fase, é inadmissível qualquer contestação, pois não se contesta procedimento de jurisdição graciosa;

f — se houver impugnação aos títulos dos terceiros são êstes, já individuados, remetidos então ao processo contencioso, instaurando-se o procedimento ordinário, e, abrindo-se. por despacho do juiz, o prazo para a contestação;

g — a sentença que homologar o procedimento administrativo do deslinde e a que julgar em definitivo o processo contencioso permitirão a **demarcatória**, que será também homologada;

h — A sentença em uma ou outra hipótese é puramente declaratória, e vale como preceito para autorizar a **demarcação**, que é o deslinde definitivo.

NOTAS

1. O procedimento edital pode ser judicial ou notorial. Entre os notariais, o de loteamento para venda de imóvel (Decreto-lei n.º 58/1937 e Decreto 3079/1938).

Os judiciais são **puros** ou **mistos**, considerando-se como mistos aquêles que, além da convocação de terceiros. estabelecem também de logo a relação jurídica processual.

Puros são os processos de registro Torrens, o de recuperação de títulos ao portador (Decreto n.º 149-B, de 1839; Lei n.º 891 de 1949, CPC, art. 337, § 1.º) e o de anulação das cambiais extraviadas (Lei n.º 2044/1908, art. 36). Mistos, entre outros. a arrecadação de bens de defuntos vagos ou de ausentes (C. P. C. arts. 561, 584 e 592), o usucapião e a discriminatória.

2. Como Procurador Geral do Estado, tive oportunidade. procurando fórmula legal para completar a legislação existente, de sugerir ao Sr. Ministro da Justiça, Professor Gama e Silva, dois projetos de lei, que foram encaminhados com as seguintes mensagens:

Goiânia, em 26-03-968.

Senhor Ministro da Justiça:

De algum tempo a esta parte. a Nação tem-se visto a braços com sérios problemas pertinentes a questões de terras.

Referimo-nos à indiscriminada venda de terras a estrangeiros, o que constitui, presentemente, objeto de preocupações dêsse Ministério, e aos conflitos que se têm ensaiado e esboçam assumir um caráter mais grave, entre posseiros e pessoas que se dizem proprietários de grandes extensões de terras.

Aos Estados, de par com o seu dever de assegurar a propriedade privada. incumbe velar pela integridade de seu patrimônio imobiliário da arremetida de usurpadores, cuja ação é notória.

Dêsse modo, multiplicam-se os litígios judiciais em que o Poder Público procura reaver a plena disponibilidade dos imóveis de seu domínio para, depois disso, dar-lhe destinação econômica compatível com os interêsses sociais.

Ocorre que a ação discriminatória criada pela Lei 3.081, de 22 de dezembro de 1956, que serve de instrumento legal para o deslinde dessas terras, instituiu um processo cuja complexidade determina uma alongada tramitação, arrastando-se por longos anos, principalmente nas comarcas menos providas de recursos.

Não obstante haver indicado como próprio o procedimento edital, a redação do art. 4.º do diploma legal referido determina fundada dúvida quanto à forma de citação reclamada para instauração válida do procedimento, não sendo poucos os que sustentam. como razoáveis fundamentos, ser a citação pessoal, por mandado, dos interessados certos e conhecidos, indispensável àquele fim.

As circunstâncias de fato, porém, tornam. no mais das vêzes inviável essa providência, sabido que os usurpadores, obtida a transcrição imobiliária, com a conivência ou em virtude da ignorância de Oficiais de Registro de remotas circunscrições, cuidam logo de vender parcelas do imóvel. à míngua de mercado local, nas mais diversas regiões do País, quando não o fazem a estrangeiros, o que, como é do conhecimento de Vossa Excelência, frequentemente tem acontecido.

Ao tomar conhecimento da situação, o Poder Público já encontra consolidade jurìdicamente uma difícil situação que de perto interessa à Segurança Nacional.

Sòmente no Estado de Goiás, que tem experimentado últimamente uma verdadeira explosão de progresso, refletindo-se no índice demográfico. contam-se em dezenas de milhares as famílias que residem e mourejam em terras presumìvelmente do domínio público, mas que têm transcrição imobiliária em favor de particulares, beneficiários da prestação conferida pelo artigo 859 do Código Civil.

Admitindo como certo que, em várias outras unidades da Federação, o fenômeno deve-se esquematizar de maneira semelhante, parece-nos que urge equacionar, em moldes exequíveis a solução dêsse grave problema, impedindo que êle cresça. agigante-se e tome novas e agressivas feições.

No que tange à discriminatória. ação de que se há de utilizar em muitos casos, afigura-se-nos de grande interêsse alterar a redação do dito artigo 4.º, caracterizando inequìvocamente o procedimento expresso no anteprojeto anexo, oferecido como sugestão.

Obviado assim o intransponível obstáculo das citações, por mandado, de centenas de pessoas nos mais diversos pontos do País e de nações estrangeiras. poderá ter a ação seu curso normal, chegando-se, ao final, a uma decisão de mérito.

A doutrina não repele, antes acolhe a fórmula proposta, que tem sido estudada, entre outros, por Pontes de Miranda e Alfredo Buzaid, e por autores estrangeiros, como Chiovenda, que faz nítida diferença entre o edital, como maneira de citar, e o procedimento edital, como forma de processo.

Quanto às consequências práticas do nôvo sistema. é de crer-se que a ampla publicidade prevista se constitua em veículo idôneo para levar ao conhecimento dos interessados a notícia da ação e o longo prazo dos editais possibilite a adoção oportuna dos desejados meios de defesa.

De resto, a qualquer reparo quanto a um eventual cerceamento em detrimento privado, há de ser pôsto em cotejo o benefício público daí resultante e que, sem dúvida, deve prevalecer, mormente nessa questão que tem assumido e cada vez mais fixa os contornos de matéria estreitamente vinculada à segurança nacional.

Paralelamente, vale ressaltar que pululam hipóteses em que o recurso à discriminatória se faria ocioso, já quando se cogitam de meras transcrições de títulos formalmente imprestáveis. já quando se tratam de meros deslocamentos ou grosseiros alargamentos do imóvel promitivo, enfim, naqueles casos em que o registro efetivado, não se compadece com as prescrições do Decreto-lei n.º 4.857, de 09-11-39.

Mas ainda aí se esbarra não só na remota possibilidade de completarem-se as citações pessoais em tempo útil, como já foi dito, como também, nas naturais procrastinações fomentadas nas largas raias do processo ordinário. determinadas pelos recursos das partes, que, como é sabido, suspendem a efetivação do cancelamento. mesmo em se tratando de recurso extraordinário (art. 294 da Lei dos Registros Públicos).

No anteprojeto anexo, que regula uma ação especial de cancelamento, privativo das pessoas jurídicas de direito público interno, está previsto a citação por mandado, dos que residem nos municípios, mas. a exemplo do que faculta o art. 418 do Có-

digo de Processo Civil, permite a citação edital dos que, embora conhecidos, residem em têrmo diverso.

Dispõe ainda quanto ao procedimento e outras providências complementares, sempre com o objetivo evidente de encontrar breve solução à questão debatida, sem prejuizo dos meios de defesa, que continuam assegurados.

Nenhuma distorsão dos institutos fundamentais do sistema jurídico vigente se nos antepara, parecendo-nos que objeção nesse sentido implicaria em pretender erigir a chicana e a procrastinação em instituições legítimas no judiciário.

Alguns milhões de hectares de terras devolutas do Estado de Goiás são objeto de ilegítimas transcrições imobiliárias, inclusive, ao que parece, as relativas aos 92% do território do município de Ponte Alta do Norte, vendidas a estrangeiros.

Paralelamente, em outros municípios, as transcrições em favor de um único beneficiário subtraem tôdas as suas terras à disponibilidade do Poder Público.

Até que se encontre uma solução pelos meios ordinários, que muitas vêzes não chega a tempo, a região fica à mercê dos problemas jurídicos, econômicos e sociais que se avolumam num desafio que pessoas inescrupulosas fazem à ordem jurídica, quase sempre com sucesso.

Enfatizando êsse último aspecto, que encontra ressonância no setor a que importa esta estabilidade social, vimos trazer a Vossa Excelência as sugestões contidas nos inclusos projetos, para os quais solicitamos sua especial atenção, dada a relevância da matéria que disciplina.

Do eco que esperamos encontrem êles em Vossa Excelência, do qual, por certo, hão de resultar as gestões necessárias à sua conversão em leis, inestimável proveito advirá, principalmente, àqueles Estados, que não são poucos, cujas terras ainda estão em fase de colonização".

3. Senhor Ministro:

A divulgação parcial dos resultados a que chegaram os Órgãos Federais incumbidos de investigar as questões de terras que, em extensões consideráveis, teriam sido alienadas a estrangeiros, constitui, não obstante o desconhecimento de outras informações, premissa segura para permitir o equacionamento das soluções.

Concluida a fase informativa, de que resultarão, por certo, procedimentos criminais, alguns da alçada da Justiça Federal, a que também está afeto o conhecimento de notórias sonegações contra a Fazenda da União, muitas outras providências restarão a reclamar breve e decisiva iniciativa dos Estados, titulares de direitos reiteradamente usurpados.

Entre êstes assume relêvo, tanto por seus aspectos econômicos, como pelas suas implicações sociais, o pertinente ao domínio dos imóveis alienados, parecendo-nos que, se não na totalidade, ao menos na grande maioria dos casos, constituem êles bens integrantes do acervo dos respectivos Estados Federados.

A sonegação fiscal e delitos de outras naturezas, praticados em desfavor dessas unidades, revelam-se, igualmente, como uma constante nas tramas que, urdidas e executadas, compõem o quadro debuxado, que não se conforma com uma atitude compassiva, exigindo, pelo contrário, reação que restaure plenamente a ordem jurídica violada, constituindo, paralelamente, motivação desestimulante de outras incursões.

O interêsse da União no êxito que se espera do desate dessas questões, a que não são estranhos enfocamentos que dizem respeito à segurança nacional, está revelado pelo empenho dos órgãos específicos para levar a bor têrmo apurações que sirvam de respaldo aos seus trabalhos.

Em confronto com a situação espelhada que, por sua gravidade, fomenta justas apreensões, há de ser considerada a pouca experiência específica com que contam alguns Estados, o que se alia na espécie, à carência de recursos técnicos e financeiros, elementos, todos êles, indispensáveis ao sucesso da emprêsa a seu cargo.

Essas deficiências, por outro lado, poderão determinar sejam utilizados meios judiciais inadequados aos fins almejados, redundando em perlengas evitáveis ou perdas de oportunidades irrenováveis em face da decadência.

Justifica-se, plenamente, pois, um permanente entrosamento dos Govêrnos Federal e Estaduais interessados, esperando-se do prmeiro, que já se beneficia dos proveitosos resultados de suas gestões e da visualização do problema de maneira unitária, subordinada ao interêsse nacional, a coordenação das atividades dos últimos, aos quais também devem ser oferecidos a cooperação e o assessoramento de uma equipe especializada.

A uniformização dos recursos utilizáveis, o fornecimento de notícias casuísticas, o arrolamento de indícios denunciadores e de opções acolhíveis e o carreamento de informações técnicas obtidas de Serviços Federais servem apenas de ilustração ao que poderá ser feito, cumprindo salientar as oportunidades de que disporá esta equipe para, reverberando o prestígio do Govêrno Central e de um dos seus mais atuantes Ministérios, alcançar junto aos governos locais asuperação de obstáculos em questões que lhes digam respeito, para lograr os objetivos desejados, servindo, ao mesmo tempo, de porta-voz dêsses setores quando reivindicam medidas administrativas ou legislativas que exorbitam dos limites que lhes foram constitucionalmente demarcados.

Obtido com um mínimo de dispêndios, de inestimável valia, no sentido indicado, o proveito que dimanaria da atuação de alguns juristas afeitos à matéria, militando junto à Comissão de Terras criada nessa Pasta, ou constituindo órgão autônomo.

Não é demais enfatizar que, escusando-se a minimizar o relêvo dessas questões, Goiás dimensiona a distorção revelada por suas reais proporções, crendo-se, não obstante, aparelhado para enfrentá-la vantajosamente, do que, todavia, não se deve inferir dispensa do Estado à colaboração solicitada de Vossa Excelência, se possível de modo permanente, pela maneira que lhe estamos sugerindo.

A convicção de que os meios legais facultados não capacitam o Poder Público para fazer face a uma situação que, sendo, ainda há pouco, insuspeitada, afigura-se-nos de emergência, leva-nos a reafirmar a necessidade premente de lhe conferir instrumento legal que favoreça o palmilhamento dfe uma trilha objetiva, capaz de invalidar, mormente nos variados casos de fraude, as transcrições imobiliárias que subtraem os imóveis à disponibilidade de seu verdadeiro dono, locupletando o beneficiário dos registros.

Nesse sentido encaminhamos anteriormente à superior apreciação de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula ação especial de cancelamento de transcrições imobiliárias, cumprindo-nos agradecer, nesta oportunidade, a consideração que, consoante informações recebidas, o assunto está merecendo.

Ainda com o objetivo de emprestar, neste setor, nossa colaboração à profícua atividade de Vossa Excelência, elaborávamos trabalho propondo a adoção de previsão penal, tipificando como delito formal a conduta do Oficial do Registro de Imóveis que, desatendendo às prescrições da lei própria, dá existência jurídica ao "grilo" com a transcrição de títulos imprestáveis.

Parece-nos de interêsse na prevenção de outras incidências a capitulação do fato como crime, o mesmo acontecendo quando o alienante transfere terras que não foram prèviamente registradas ou que tenham a transcrição como objeto de ação judicial proposta.

Deixamos, todavia, de encaminhar a Vossa Excelência os subsídios em elaboração à vista da informação prestada pelo Dr. NEWTON QUIRINO, que revelou a existência de dispositivos similares em Projeto de Lei já submetido à discussão e aprovação do Colendo Congresso Nacional".

4. **Projeto de Lei**

Dá nova redação ao art. 4.º da Lei n.º 3.081, de ..... 22-12-1956, e toma outras providências.

Art. 1.º — O art. 4.º da Lei n.º 3.081 de 22-12-1956, passa a ter a seguinte redação:

"Art. 4.º — Tratando-se de procedimento edital, as citações de todos os interessados, certos, ausentes ou desconhecidos, serão feitas por edital, com prazo de (sessenta) dias, que será obrigatòriamente afixado no local de costume e publicado 2 (duas) vêzes no órgão oficial e 3 (três) vêzes em periódico local, se houver, e em jornal de grande circulação da Capital do Estado, onde estiver situada a área discriminada".

PROJETO DE LEI N.º

Regula processo especial nas ações de cancelamento de transcrição imobiliária

Art. 1.º — As transcrições imobiliárias que ilegìtimamente têm por objeto imóveis do domínio público podem ser canceladas na forma desta lei, competindo a ação à pessoa jurídica de direito público interno prejudicada pelos registros.

Art. 2.º — A petição inicial, dirigida ao juiz de direito da situação do imóvel transcrito, será instruida com os documentos em que se fundar a pretensão e elementos evidenciadores de que se trata de coisa de domínio do autor.

Parágrafo único — A apuração da dominialidade pública poderá ser feita por exclusão das propriedades particulares vàlidamente constituídas.

Art. 3.º — A arguição de falsidade ou de nulidade de qualquer dos títulos da cadeia dominial referentes à transcrição impugnada, autoriza a propositura da ação, cabendo aos réus o ônus da prova em contrário.

Art. 4.º — Recebida a inicial, será determinada a citação por mandado dos réus residentes no município e a dos demais interessados por edital, que será afixado no local de costume, publicado duas vêzes no órgão oficial e três vêzes em periódico local, ou da comarca mais próxima, ou em jornal de grande circulação da Capital do Estado.

§ 1.º — Os editais terão prazo mínimo de um e máximo de três meses, vencido o qual considerar-se-ão feitas as citações. (C. P. C. art. 177. § 1.º).

§ 2.º — O prazo de (10) dez dias para a contestação correrá do término fixado no prazo edital, contado da última publicação.

§ 3.º — Contestada ou não a ação nas 48 horas subsequentes ao término do prazo assinado para a contestação, o Escrivão do feito fará remessa dos autos ao Oficial do Registro para que inscreva a citação no Registro Público, averbando-a à margem da transcrição impugnada.

§ 4.º — Esta averbação impede qualquer transcrição ou inscrição posteriores, até decisão final.

Art. 4.º — Quando não houver contestação ou nenhuma diligência tiver sido requerida pelo autor ou determinada **ex officio**, o juiz julgará a ação, dentro de dez (10) dias.

Art. 6.º — Contestada a ação o Juiz, nas 48 horas seguintes ao término do prazo, proferirá o despacho saneador, deferindo as diligências necessárias requeridas pelas partes.

Parágrafo único — Considerar-se-ão prejudicadas as diligências deferidas quando o interessado não promover sua realização no prazo máximo de trinta (30) dias.

Art. 7.º — Salvo quando ocorrer motivo de fôrça maior, devidamente comprovado, tôdas as diligências deverão estar concluídas dentro de noventa (90) dias, contados da intimação do despacho que as deferir.

Art. 8.º — A audiência de instrução e julgamento, que terá prioridade na pauta do Juízo, será marcada para um dos trinta (30) dias seguintes ao cumprimento da última diligência ou ao vencimento do prazo do artigo anterior.

§ 1.º — Essa audiência será realizada ainda que ausentes as partes e os peritos, só se adiando por motivo de fôrça maior.

§ 2.º — Na ausência do Autor, o representante do Ministério Público assumirá a ação como parte principal.

§ 3.º — A sentença será proferida na forma do art. 271 do C. P. Civil.

Art. 9.º — Se a sentença fôr de improcedência ou de carência de ação, o recurso será necessário, com efeito suspensivo.

Parágrafo único — Se a sen- procedência, o recurso será de apelação, recebido em ambos os efeitos.

Art. 10 — As transcrições porventura feitas depois de ajuizada a ação também serão canceladas por efeito da sentença que julgar procedente o pedido inicial.

Art. 11 — Os prazos fixados serão preclusivos e fielmente cumpridos, devendo o Juiz, o representante do Ministério Público, Serventuários e outros auxiliares da justiça, velar pela sua observância, sob as penas da lei.

Art. 12 — As intimações e notificações, dentro do procedimento, inclusive da sentença, serão feitas por edital afixado na sede do juízo.

Parágrafo único — Vencidos dez (10) dias da afixação, a intimação ou notificação considerar-se-á feita.

Art. 13 — Esta lei aplica-se a tôdas as ações pendentes de julgamento em primeira instância, adaptando-se o procedimento na fase em que estiverem.

Parágrafo único — Dentro de 10 dias, após a sua publicação, será realizada, em tôdas as ações pendentes de julgamento em qualquer instância, a diligência determinada no § 3.º, do art. 4.º.

Art. 14 — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O ANTEPROJETO TORNAGHI

ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS
Desembargador do Tribunal de Justiça de Goiás. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da U. F. G.

SUMÁRIO: 1) Ministério Público Como Parte; 2) Acusação e Defesa no Processo Penal; 3) A Defesa por Órgão do Ministério Público; 4) Ação Privada Subsidiária; 5) O Ministério Público dos Estados-Membros

I

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PARTE

1. As correntes filosóficas e políticas advindas do liberalismo emprestaram ao Processo Penal um nôvo sentido; com o desaparecimento do sistema inquisitório, voltou-se à forma originária da acusatoriedade. Deixou de ser um instrumento do Estado para castigar o culpado, tornando-se mais um estatuto de garantia a serviço do homem, para assegurar-lhe a liberdade. Nessa condição, sendo o processo penal a forma de compor o conflito de interêsses entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão de liberdade do indivíduo, é natural fôsse construido em têrmos de luta entre as partes contendoras. Disso surge o processo penal hodierno, para o qual a doutrina construiu um conceito capaz de expressá-lo com precisão técnico-científica. É o processo uma relação jurídica, visto que os sujeitos que nêle intervêm são comandados por normas que lhes limitam a atuação. Por outro lado, sendo o Direito Penal de coação indireta, sòmente por intermédio do processo poderá o Estado como titular do **jus puniendi** aplicar o preceito sancionador da norma penal incriminadora àquele que realizar a conduta típica prevista no preceito primário dessa mesma norma. Surge, então, a necessidade dum órgão estatal destinado a provocar o exercício da jurisdição, com o objetivo de solucionar tal conflito de interêsses. É que, pelo princípio **nemo iudex sine actore**, o órgão jurisdicional é inerente. Necessário se torna uma provocação para que êle decida o conflito de interêsses entre os contendores. Ainda assim, num sistema jurídico em que se reservou ao Estado a iniciativa do **jus acusationis**, na maioria das infrações penais previstas no Código respectivo, impende ao Estado Administração o pedido da prestação jurisdicional, indeclinável se tornando a instituição de um órgão, tendo como função preponderante a sua representação perante o Poder Judiciário.

2. Dessa exigência, para a realização do direito surgiu a instituição do Ministério Público, cujas origens, embora controvertidas entre os doutrinadores, transformaram-se consideràvelmente ,ao influxo das modificações que a evolução impôs na organização política dos Estados, sofrendo a influência dos diversos sistemas jurídicos pelos quais se orientou o exercício da jurisdição. Não obstante, na concepção chamada "democracia liberal", onde prepondera o Processo Penal, moldado no sistema acusatório, o Ministério Público se firma como órgão estatal, que representa o Estado-Administração perante o Estado-Juiz.

A sua principal função perante o Poder Judiciário é, como ensina Allorio, **requerer, propor e demandar,** enquanto que o Estado-Juiz conhece, dispõe, concede ou nega a pretensão do Estado-Administração. Destarte. o Ministério Público assume e mantém o comportamento de um órgão da Administração Pública, que leva as pretensões desta ao Poder Judiciário, a fim de vê-las discutidas e julgadas. (1).

3. Acontece que a lei construiu o processo sob a forma de uma contradição entre duas partes, ainda quando os interêsses de ambas possam convergir. Pode acontecer que o réu confesse o crime ou que o acusador deixe de pedir a condenação, e, mesmo assim, não deixará de existir o contraditório. Isto demonstra que, por vêzes. o contraste é apenas aparente e tal resulta do fato de se ter construído o processo em têrmos de luta, quando poderia também ter sido construído em têrmos de colaboração, consoante, ensino Guarneri. (2) Mas a idéia de parte é fornecida pela própria lide, pela relação processual, pela demanda. Não é mesmo necessária a sua pesquisa na relação substancial. Com efeito, consiste, aquêle na pessoa que. no processo, requer decisão sôbre uma pretensão, mesmo quando esta não tenha sido discutida ou negada pelo adversário, desde que tal requerimento se faça nos moldes e com as formalidades próprias do processo penal, mediante a direção do juiz. Diante disso, a identificação das partes no processo pode ser constatada mediante os três elementos seguintes: 1) participação no processo; 2) modos e formas previstas no Direito Processual Penal; 3) exercício dos podêres sob a direção do juiz.

4. É certo que, atentos os princípios jurídicos que governam o nosso Processo Penal, o Ministério Público surge da necessidade que se impôs ao Estado de promover a persecução penal contra aquêle que praticou um fato aparentemente criminoso. desenvolvendo-se essa atividade sôbre a base da **opinio delicti**, tendo como legitimação para agir a atuação do direito objetivo e não um interêsse pessoal, consoante ocorre no conflito de interêsses entre particulares. Dessa posição resultam os princípios que governam a instituição do Ministério Público: o princípio da **obrigatoriedade,** em virtude do qual deverá promover a ação penal sempre que disponha de elementos comprobatórios capazes de justificar a inculpação do indiciado, enquanto pelo princípio da **indivisibilidade**, tôdas as pessoas que componham o Ministério Público constituem um só órgão, sob uma só direção, podendo ser umas substituídas por outras, na conformidade que se fizer necessária para o desenvolvimento das respectivas atribuições. É neste sentido que se firma o princípio da unidade e indivisibilidade do Ministério Público. Não obstante, tanto êste quanto o outro princípio, admitem certa disponibilidade e independência dos integrantes da classe que se podem verificar no curso da relação processual. Assim, se pelo princípio da **indivisibilidade**, na atuação do Ministério Público haja uma indivisível, nada impede que, entre seus integrantes, uns entendam determinado caso concreto de forma diferente de outros. Tal é como admite o Art. 28 do nosso Código de Processo Penal. pelo qual se verifica que o Ministério Público é, funcionalmente, independente, visto que, nesta hipótese, se o Procurador Geral discordar do entendimento de seu subordinado, deverá êle próprio denunciar ou designar outro membro do Ministério Público para oferecer denúncia, consoante demonstra o prof. José Frederico Marques. com apoio na opinião de Pontes de Miranda. (3).

5. Embora também, em se tratando de ação pública, o Ministério Público esteja obrigado a oferecer denúncia, no curso da relação processual, não se lhe pode negar alguma disponibilidade no que tange ao direito de acusar, tanto assim que fica entregue à sua direção tôda postulação, o debate oral, no qual poderá opinar em favor do acusado e. **ex vi,** do Art. 385 do Cód. de Proc. Penal, sendo livre também de usar ou não dos meios de impugnação. Todavia, a imparcialidade imposta ao Representante do Ministério Público para o exercício da função acusatória, e a sua posição de

órgão do Estado trouxe no campo da doutrina, certas controvérsias sôbre a posição de parte do órgão do Ministério Público. Nesse sentido a lição do prof. Alfredo De Marsico, distinguindo **órgão** e **representação**, bem define a posição do Ministério Público: — o primeiro tem em atenção aquêle "**ente**" que, incapaz de agir diretamente. porque "**ente**" e não indivíduo, intervém por meio de um sujeito físico, enquanto que o segundo, aquêle outro que, em virtude de razões jurídicas (e não físicas) de incapacidade, não pode agir senão por meio de um terceiro que intervém no seu lugar e no seu interêsse — a pessoa jurídica age mediante **órgãos**, a pessoa física mediante representante. O Ministério Público, portanto. é **órgão**, não representa o Estado; representa o Estado, segundo a linguagem comum, mas como **órgão** A relação de dualidade, pela qual se fala de representante e representado, não é concebível em tema de **órgão**, em que "**entes**" e pessoas físicas. mediante as quais êstes agem são uma cousa. O **órgão** é o "**ente**" que o representa, e o "**ente**" age no órgão; o Ministério Público, portanto, não deduz no juízo penal pretensão outra, mas pretensão que, por ser do "**ente**" que age com êle, é sua própria.

6. Agindo o Ministério Público para a atuação do direito objetivo, animado de um interêsse público e não pessoal. é êle uma parte imparcial, visto que parte não quer dizer parcialidade, mas titularidade de direito próprio sôbre o conteúdo material ou formal do processo, emprestando-se a essa expressão o seu conceito nitidamente jurídico. (4)

7. Assim, o Ministério Público surge do fato de que o Estado tem uma dúplice função: aquela de promover a persecução penal sôbre a base de uma **opinio delicti**, contra aquêle que seja aparentemente imputável, e aquela de julgar. A situação do direito objetivo e não do interêsse pessoal, impulsiona tanto o Ministério Público. quanto o Juiz, embora sob ângulo visual diverso, com atividade diversa. Conseqüentemente, atento à lição do sábio professor italiano, atrás citado, são partes no processo penal aquêles que, nos limites fixados pela interrogabilidade, da ação pública têm podêres de disposição sôbre o objeto ou sôbre qualquer aspecto do mesmo. e, em correlação a tais podêres, sôbre o conteúdo formal dos mesmos.

II

ACUSAÇÃO E DEFESA NO PROCESSO FORMAL

8. A nossa Carta Magna, no capítulo DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, estabelece que é "assegurada ao acusado plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela...", afirmando ainda: "a instrução criminal será contraditória" (Constituição Federal, Art. 141. § 25). Por sua vez o Cód. de Proc. Penal dispõe que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado e julgado sem defensor". (Art. 261). Ora, êsses preceitos tornam a defesa do acusado uma verdadeira **injunção legal**. O ordenamento processual torna obrigatória, ainda, a nomeação de defensor, desde que o acusado não o tenha ou não queira defender-se. no caso de possuir habilitação (Art. 263); no objetivo de efetivar tais garantias, prevê também a sanção de nulidade para a inobservância de tais mandamentos (Art. 564, n.º III), letras **c, e, g, l, i, o**); da mesma forma, manda suprir a capacidade do acusado (Arts. 15 a 262). Bastam êsses exemplos do nosso direito positivo para se verificar a pureza do sistema acusatório imperante no direito pátrio, ao influxo do que a **bilateralidade** da ação tem por conseqüência a **bilateralidade** do processo. E os princípios científicos que êste governam. ensinam que, para que o juiz possa julgar com imparcialidade e acêrto. o contraditório é indispensável. Nesse sentido, é interessante lembrar a lição de Luigi Sanzã, segundo a qual a contraditoriedade não é estabelecida exclusivamente no interêsse do autor, visto que o contraditório, partindo de um contraste in-

dividual, serve para aumentar, no juízo, os meios de indagação e o contrôle para averiguação da verdade, que não pode ser imparcialmente reconstruída sem um contraste polêmico entre os contraditores. Como poderia com efeito, o juiz ficar imparcial psicològicamente, e construir a verdade em "três dimensões", se não fôssem duas as partes? Mas, se êsse é o valor do princípio do contraditório, claro resulta que a sua observância não pode apreesntar-se como um **elemento, tão só e simplesmente útil, mas absolutamente indispensável, para que a verdade dos fatos possa ser corretamente declarada.**

9. Depois de um confronto do contraditório no campo civilístico, seguindo de perto os conceitos de Calamandrei, afirma o egrégio escritor: "O processo penal, ao invés, é um processo sôbre relação substancial **absolutamente indisponível, e,** por isso, não traz entre as partes um efetivo contraste de interêsse: o Ministério Público, na economia do processo, não faz certo valer um interêsse à condenação do imputado; é um órgão público — e não um interessado privado que age para o triunfo egoístico de seu próprio interêsse —o qual não procura um fim diverso daquele procurado pelo juiz, e por isso não pode considerar-se em necessário contraste de interêsse com o imputado, como, ao invés imoreterivelmente. no processo civil ordinário se encontra o autor em relação ao réu. Portanto. processualmente, o M. P. figura como o contraditor natural do imputado, a fim de permitir ao juiz tornar-se psicològicamente imparcial. Se não aparecece sempre tal, tem-se um processo penal de parte única; ora, **com a função de justiça seria incompatível a inevitável parcialidade do defensor.**

"Acusação e defesa, por outro lado, não são fôrças antagônicas e reciprocamente excludentes. A fungão do ofício de defesa, com efeito, atende ao fim de suscitar um eficiente contraditório, absolutamente indispensável à dialética do processo. Em verdade — bem o disse Guarneri — é um êrro sustentar incompatibilidade com a função da justiça, a inevitável parcialidade de defensor, de vez que o defensor, na trama processual, não mais aparece isolado: perante êle sempre se ergue um contraditor. No processo penal, por isso. o contraditório não pode ser entendido como luta entre as partes: objeto do provimento jurisdicional é, em substância, **um só interêsse** e quanto ao contradtório, [illegible] para colocar **de frente, não já dois interêsses em conflitos, mas eventualmente, dois diversos modos de apreciar um único interêsse**, a respeito do qual se discute, a fim de dar ao juiz a possibilidade de tuteá-lo do melhor modo. Essa decisiva razão **lógico-jurídica,** aquela teoria que procura transferir para o processo penal a concepção de contraditório como luta entre as partes, e, paralelamente, o princípio assim chamado de paridade de armas. A tradicional concepção do contraditório como luta entre as partes não é mais sustentável, devendo-se, ao invés. conceber o contraditório como uma colaboração das partes com o juiz".

Aceitos êsses conceitos é que Leone pôde afirmar que a contestação é uma aplicação da regra do contraditório, sendo êste uma razão de existência do processo, e aquela uma condição de sua validade.

10. Dessas considerações tira Sanzò colorários profundos, afirmando que tôda **violação da regra da contestação** que seja, ao mesmo tempo. violação da regra da correlação, importa inexistência jurídica da sentença. Para tanto, esclarece que **fato não contestado** equivale **a fato não averiguado**, e, considerando, em consequência, a observância da regra da contestação da imputação como um requisito da **existência** do processo; é claro, por isso mesmo, gue a sentença, não tendo sido contestado o fato, é, não já simplesmente impugnável, mas, juridicamente, **inexistente**, e por isto não pode passar em julgado. Em verdade, a sentença é um ato de vontade, e, para querer, é absolutamente necessário conhecer; para **conhecer,** absolutamente necessário averiguar; para **averiguar,** absolutamente necessário **imputar** e **contestar**.

A DEFESA DO ACUSADO POR ÓRGÃO DO MINISÉRIO PÚBLICO

11. Assentada nesse ligeiro bosquejo a posição das partes no processo penal, tendo em vista a doutrina em que se inspirou o nosso direito positivo, não padece dúvida que o direito atual tenha o Ministério Público na relação processual, como parte principal na maioria das infrações penais, e que sua função constante para o exercício da jurisdição penal se torna indispensável. Tal a posição do "direito que é", e não parece desfigurada no "direito que **deverá ser**".

12. Ao influxo de transformações políticas no Govêrno da República, surgiu a idéia de reformulação dos nossos códigos. Coube o anteprojeto do Código de Processo Penal a um dos mais categorizados cultores da matéria em nosso meio, não só pela sua posição de eminente professor de direito, jurista de comprovados conhecimentos e profundidade de idéias. como por se tratar de publicista, que tem contribuído para despertar em nosso mundo intelectual o interêsse pelo estudo dêsse ramo da ciência do direito, pouco cultivado pelos juristas indígenas, conforme acentua o prof. José Frederico Marques. Diante da responsabilidade do projetista, e das esperanças de seus seguidores, o anteprojeto do prof. Hélio Bastos Tornaghi não foi recebido com o entusiasmo que era de se esperar. Críticas contundentes lhe foram feitas, notadamente, pelo eminente, professor paulista, e também mestre da matéria, José Frederico Marques, assim como por outros cultores da ciência do processo penal. Não sendo êste o momento próprio para o exame de tão importante controvérsia. limitamo-nos, aqui, a um ligeiro confronto da posição do Ministério Público, no anteprojeto do prof. Tornaghi.

Primeiro imputa-se e contesta-se. depois se averigua, depois senhece, e, depois se quer. Imputação, contestação, averiguação, conhecimento e volição se apresentam propriamente em relação de meio a fim, e de **prius** a **posterius**.

III

ÓRGÃO DO MINISÉRIO PÚBLICO

13. O anteprojeto, no ivro IV, que se denomina DO PROCESSO EM GERAL, — Título I — Da Relação Processual — cidou logo de conceituar o processo, dizendo, expressamente, no Art. 43: "O processo é relação jurídica entre cada uma das partes e o Estado, por seu órgão judiciário. Dentro dêle e por meio dêle o autor exerce o direito de ação; o acusado, o de defesa, e o Estado, o poder de jurisdição". Embora até mesmo essa orientação do anteprojeto tenha recebido críticas veladas, sob calor de que se perde em conceitos doutrinários, não se lhe pode negar a precisão técnica e a exatidão dos princípios, tendo em vista as garantias constitucionais asseguradas ao indivíduo, para submetê-lo à função jurisdicional do Estado. Coerente com o que vem ensinando o eminente projetista desde sua tese de concurso para a Cátedra de Direito Processual Penal, da Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, como em seus posteriores livros de doutrina, (6) não poderia deixar de conceituar o processo penal como uma relação jurídica, precisando-lhe o início, a suspensão e o término, consoante os preceitos dos Arts. 44 a 46 do projeto. É que essa relação contínua e dinâmica nasce, vive, adoece e morre, no feliz ensinamento da mais acatada doutrina científica do processo.

14. Nesse mesmo l'vro do anteprojeto, em obediência à construcão científica de que o processo é **actum trium personarum**, logo no título II, trata dos **sujeitos do processo** e, depois de regulamentar, no capítulo I —

O Juiz e seus auxiliares, — no capítulo II — DAS PARTES — em sua seção I — Do Acusador — no n.º I cuida do **Ministério Público,** dispondo o Art. 67: "Cabe ao Ministério Público, no processo penal: I — funcionar como órgão da acusação: a) promovendo a ação penal pública como parte principal; b) assessorando o querelante, como parte secundária, na ação penal privada; II — funcionar como órgão de defesa dos réus que, por serem pobres, não possam constituir advogado". Enquanto isso, o parágrafo único, dêsse mesmo Artigo, assim dispõe: "A acusação e a defesa não podem ser confiadas ao mesmo membro do Ministério Público". A primeira parte dessa norma não deixa a menor dúvida de que o Ministério Público é o órgão de acusação nos crimes de ação pública, bem como a colocação, no capítulo e na seção relativos às partes e ao acusador, faz desaparecer, **de lege ferenda,** em nosso direito, a controvérsia doutrinária sôbre a posição do Ministério Público no processo. Da mesma forma, o assessoramento que se lhe determina, como parte secundária, na ação penal privada não lhe altera a posição do direito atual. Não obstante a parte final dêsse Artigo, vem sendo recebida com acirradas críticas, partidas de ilustres estudiosos do assunto, tais como o jurista paraibano, João Medeiros Filho, entendendo êste que o preceito ofende os princípios da **indisponibilidade** e da **legalidade**. (7)

Todavia, tal argumento nos parece improcedente. É que, pela própria expressão do parágrafo único, do mencionado Artigo, se verifica a impossibilidade de tais funções serem exercidas, simultâneamente, por um só membro do Ministério Público. Ora, a instituição, ao lado de sua função junto ao Poder Judiciário, como representante do Estado-Administração, terá de **cumprir uma outra função** que é assegurar a defesa àqueles que não tenham condições, pelo seu estado de pobreza, consoante está assentado como princípio programático em nossa Constituição Federal (Art. 141, § 35). O que se poderia demonstrar é o prejuízo que isso causa na atuação prática dos integrantes do órgão deturpando a formação da carreira e a especialização da função. Nota-se assim, que o Estado não tem maior interêsse na acusação do que na defesa, podendo o seu representante denominar-se **acusador** como **defensor**. Assinala Carnelutti que essa verdade levou a atribuir-se ao Ministério Público, em lugar de pura função acusatória, a função de órgão tutelar da lei. E é justamente êsse aspecto que lhe confere esta posição. Apenas no que respeita à função técnica, é o que o eminente mestre encontra gravidade nessa situação, partindo do princípio de que entre a acusação e a defesa existem diferenças, as quais podem aconselhar um diverso recrutamento dos técnicos destinados a sustentá-las. No entanto, para demonstrar que a mesma instituição poderá regulamentar vantajosamente a carreira do defensor público e a carreira do do Ministério Público com função acusatória, cita o ordenamento italiano, no qual é regulada idênticamente a carreira do juiz e do Ministério Público, com a paridade de graus e promiscuidade no acesso, podendo um juiz ser transferido para a função de acusador e vice-versa. Nota, porém, que tal promiscuidade é um vício do sistema e não contribui para o aprimoramento da carreira. (8) Aliás, o anteprojeto tomou essa orientação, ao que parece, por influência do Código do Ministério Público do Estado da Guanabara (Lei 3.434), pelo qual o cargo inicial da carreira é o de defensor público. (9)

15. É interessante notar que a doutrina estrangeira, notadamente a italiana, procura lutar no sentido de desvincular o Ministério Público da Magistratura. Neste sentido, Foschini demonstra que diversas atribuições exercidas pelo Ministério Público Italiano emprestam àquele órgão até funções judicantes, o que leva a um retôrno ao sistema inquisitório.

16. O dispositivo do anteprojeto em discussão é inconveniente num sistema jurídico como o nosso, por importar numa confusão entre as atribuições dos membros do Ministério Público, num código nacional de processo, sendo que a competência para legislar sôbre a organização do Ministério Público local, pertence aos Estados-Membros. Bastaria o exemplo citado por Medeiros Filho, do Estado da Paraíba, onde não existe, na organização judiciária, a figura do defensor público, (11), sem contar que nas comarcas do interior do país, onde existe apenas um representante do Ministério Público, podem surgir situações embaraçosas para a boa administração da justiça. Além disso, o anteprojeto já estabelece, em consonância com o preceito constitucional, que a defesa é verdadeira injunção legal. Por outro lado, o recente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prescreve severas penalidades aos profissionais inscritos que não cumprem o dever assumido (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, Art. 87, n. XI). Ademais, alguns dos códigos do Ministério Público dos Estados-Membros regulam apenas as funções do Ministério Público como órgão de acusação, sendo as funções de Procurador do Estado e Defensor Público regulamentadas por outras leis, tal como acontece, por exemplo, no Estado de São Paulo e no Estado de Goiás.

17. Atentas essas razões é que não parece aconselhável que o futuro Código de Processo Penal, atribua a órgão do Ministério Público a defesa dos réus que, por serem pobres, não possam constituir advogados.

18. O anteprojeto Tornaghi, no seu Art. 68, ainda define a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, impondo-lhe **intervir** e **opinar** em diversos outros casos. Melhor, porém, foi tratada a matéria pertinente à incapacidade do membro do Ministério Público para oficiar no processo, uma vez que o Art. 69 especificou os casos do **impedimento** e, o Art. 70 apontou os motivos de suspeição, distinguindo as duas causas de incapacidade para exercitar o ofício do Ministério Público.

IV

AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA

19. A ação privada subsidiária é estabelecida pelo anteprojeto Tornaghi, na forma do Art. 40, que assim se expressa: "Nos crimes de ação pública, o ofendido ou seus sucessores poderão mover ação privada: I — em caso de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II — na hipótese do Ministério Público exceder o dôbro do prazo concedido em Lei para apresentação da denúncia." Conforme se verifica, o anteprojeto resolve, no inciso I dêsse Artigo, uma tormentosa questão enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência na atualidade. Ocorre que o atual Código não contendo qualquer dispositivo expresso sôbre a possibilidade de ser exercitada a ação privada subsidiária, no caso de arquivamento do inquérito, essa questão no entender de alguns processualistas, vem sendo resolvida pela forma negativa, com ponderável apoio na jurisprudência dos tribunais. O dispositivo em aprêço faz desaparecer essa controvérsia. O projetista, por certo, inspirou-se no que sustenta em uma de suas obras, quando diz: "No intuito de tornar mais perfeita a ação penal o Estado chamou a si a titularidade dela na maioria das infrações e instituiu um órgão do Poder Executivo encarregado de movê-la. Esta publicização da ação penal nada tem que ver com a publicização da Justiça, pela qual o Estado se reservou a tarefa de fazer justiça, convertendo destarte a ação contra o ofensor em ação perante êle, Estado, na pessoa do Juiz. A ação poderia, perfeitamente, continuar a ser privativa do ofendido, sem perder seu caráter de ação perante o Estado, e sem comprometer o publicismo da Justiça.

"Como subsidiária da ação pública, é ela absolutamente sustentável,

pois o Estado, ao incumbir-se de movê-la, deve acautelar o interêsse do ofendido no caso em que o órgão dêle, Estado, não move a ação penal. É o que faz o art. 29, ao permitir que o ofendido, ou seu representante, promova a ação se o Ministério Público não o faz no prazo legal do art. 46 e seu § 1.º

"Pouco importa que o Ministério Público não haja oferecido denúncia por desídia, má-fé ou outro qualquer motivo, inclusive por convicção. **A lei não distingue.** O que ela quer fazer e realmente faz é permitir ao ofendido ou a seu representante legal que se substitua ao Ministério Público e mova a ação. O art. 102, § 3.º, do Código Penal é ainda mais explícito:

"A ação privada pode intentar-se nos crimes de ação pública se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal." (12)

20. É de se levar em conta que o Estado-Administração, através de seu órgão, entendendo de não levar a juízo a sua pretensão punitiva, tolherá ao ofendido o direito de ir a juízo oferecer a sua pretensão e vê-la discutida e resolvida, tendo em vista o ensinamento de Liebman, de que a ação "é um direito ao meio e não um direito ao fim". Ora, é também assegurado, constitucionalmente, ao cidadão, na conformidade do preceito constitucional inserto em nossa Carta Magna (Art. 141, § 4.º), que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

21. Não se pode criticar o anteprojeto por ter tratado expressamente do assunto, admitindo a ação privada subsidiária. Isto porque a ação penal não deveria figurar no corpo do Código Penal, limitando-se êste apenas à especificação das ações de iniciativa pública e privada, tendo em vista a espécie de infração penal. Mesmo assim, o anteprojeto Hungria, **de Código Penal, que deverá harmonizar-se com o anteprojeto Tornaghi,** no § 1.º do Art. 98, declara que "A ação penal pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exija, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça". Enquanto que o parágrafo dêsse mesmo artigo, declara que: "A ação penal privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha a qualidade para representá-lo". No entanto, numa nota entre parênteses, o eminente projetista Ministro Nelson Hungria, deixa expressa a seguinte observação: "É suprimida a ação privada subsidiária, que, na prática, quase sempre, deixa de atender ao interêsse da Justiça, para sòmente servir a sentimentos de vindita, quando não a objetivo da chantagem". **Data vênia** do brilhante luminar de nossa ciência penal, não é essa a sede própria para o tratamento da matéria, estando certo o anteprojeto do Código de Processo Penal, que dela cuidou, por ser êste o estatuto próprio em que a ação penal deve ser regulada. Além disso, tal argumento prova demais. Se a ação privada subsidiária sòmente serve a **sentimentos de vindita,** ou se presta a **objetivos de chantagem,** não deveria o anteprojeto do Cód. Penal admitir também a ação privada principal, conforme o fêz no Art. 98, e em outros dispositivos. Que diferença há entre uma e outra?

22. Não se pode, devido a isso, combater o anteprojeto Tornaghi por ter êle admitido a ação privada subsidiária, mesmo que se queira, conforme pretendem outros, entender que a ação privada subsidiária representa uma desconfiança na atuação do Ministério Público. Ninguém mais do que o eminente projetista exalta essa independência, quando explica que, ao contrário do que acontece na pátria do Ministério Público, em que êle é uno e indivisível, no Brasil há vários corpos de Ministério Público (Federal e locais), salientando porém, que a unidade só existe dentro de cada um dêles, visto que o Ministério Público de um Estado forma um corpo organizado, mas não de tal modo que os hieràrquicamente inferiores tenham de se submeter ao entendimento dos superiores. Ao contrário ainda do que ocorre na França, em que "la plume est serve, mais la parole est libre", entre nós: "et la plume et la parole sont libres." (13).

23. Além disso, o eminente professor da **Universidade de Goettingen, Karl Siegert,** em estudo intitulado "Independência do Ministério Público", serve-se do argumento da ação subsidiária no Direito Francês para demonstrar que, no sistema jurídico onde vive o princípio da obrigatoriedade da ação, é ela que assegura a independência do Ministério Público, que não será constrangido a promover uma ação contra o entendimento dos integrantes daquele órgão. (14)

V

O MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ESTADOS-MEMBROS

24. Examinados ligeiramente os dispositivos principais do anteprojeto Tornaghi, no que tange à função do Ministério Público, o que se verifica é que apenas o n.º II, do Artigo 67, apresenta inconvenientes para a instituição, sendo desaconselhável por não se harmonizar com a legislação de alguns Estados-Membros. A independência do órgão do Ministério Público e de tôda a instituição deve ser velada para que os Estados, complementando o preceito constitucional, constante do Art. 128, da nossa Lei Maior, na organização da carreira se inspirem, efetivamente, nos mesmos princípios que a Constituição estabelece para a organização da Magistratura, assim como ocorre com o Ministério Público de São Paulo, onde conseguiu a instituição colocar-se em posição de **independência** e **destaque.** Realmente, lá o próprio Procurador Geral de Justiça pertence à carreira, sendo escolhido numa lista tríplice organizada pelos procuradores de justiça, e nomeado pelo Poder Executivo. Explica o prof. José Frederico Marques: "Com isto, não fica prêso, o Ministério Público ao chefe do govêrno estadual, nem a **persecutio criminis** será prejudicada por injunções dêste." (15).

25. Em Goiás, desde 1947, vigorou um Código do Ministério Público (Lei n.º 76, de 22-12-947) que já foi modificado em 1964, aumentando-se as garantias dos integrantes da carreira. É de notar que êsse último código criou um Conselho Superior do Ministério Público, que delibera sôbre as promoções de entrância a entrância e concurso para o cargo inicial, opinando ainda sôbre questões disciplinares e do interêsse geral da classe. Tal Conselho é composto dos procuradores de justiça, que representam o último grau da carreira estruturada (Lei n. 5.555, de 11 de novembro de 1964).

26. É lamentável que em alguns Estados ainda não esteja o Ministério Público estruturado com o estatuto próprio, figurando como apêndice nas leis de organização judiciária, os direitos, garantias, deveres e funções dos integrantes da carreira.

27. Urge que neste memorável conclave se defendam tais prerrogativas, procurando padronizar a carreira, a fim de que em todos os Estados da Federação, sejam as funções respectivas regulamentadas em estatuto próprio, ampliando as garantias constitucionais que lhe são pertinentes. Tal iniciativa deverá ser compreendida pelos governos locais, não como forma de retirar-lhes a chefia dêsse órgão que pertence, por disposição constitucional, ao Poder Executivo, mas, sim, como forma de dignificar a função, engrandecê-la e resguardá-la dos desvários das disputas eleitorais. É que, conforme explica Calamandrei: "Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o do Ministério Público. Êste, como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei,

devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor, ou por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do Magistrado." (16).

NOTAS

1) — In Giovanni Leone, Trattato Di Diritto Processuale Penale, vol. I, p. 433.
2) — José Guarneri, Las Partes en el Proceso Penal, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla Pue, Mexico, 925 p. 23.
3) — Apontamentos Sôbre o Processo Criminal Brasileiro, Frederico Marques e Pimenta Bueno, pp. 180-186.
4) — Alfredo De Marsico, Lezioni di Diritto Processuale Penale, Terza Edizione, Napoli, Casa Editrice Dott Eugene Jovene, 1955, pp. 30-34.
5) — Luigi Sanzò — Correlazione Tra Imputazione e Sentenza, pp. 314-336.
6) — Hélio Bastos Tornaghi: A Relação Processual, Rio, 1944; Processo Penal, Rio, 1953, vol. I, pp. 99-129; Instituições de Processo Penal, Rio, 1959, 1.a Ed., vol. I, pp. 225-258.
7) — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Instituto de Criminologia da U. E. G., pp. 105-115.
8) — Carnelutti, Leciones sôbre al processo penal, vol. I, p. 232.
9) — Valter P. A. Costa, O Processo Penal, 4.a Ed., 1962, pp. 119-120.
10) — Revista Italiana di Diritto Processuale Penale, 1956, p. 262.
11) — Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal — Instituto de Criminologia da U. E. G., n.o 11, p. 112.
12) — Instituições de Processo Penal, pp. 351-352, vol. III.
13) — Tornaghi, ob. e vol. cits., p. 143
14) — Sturi in Memoria Di Filippo Grispigni, Milano, 1956, pp. 91-204.
15) — Ob. cit., p. 173.
16) — Piero Calamandrei, Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados, trad. de Ari dos Santos, Lisboa, 1940, p. 59.

JURISPRUDÊNCIA

ALUNO — TRANSFERÊNCIA **EX OFFICIO** — PENA DISCIPLINAR

Compete à Procuradoria-Geral do Estado interpor recursos em mandado de segurança contra ato de autoridade estadual.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 264 em MS

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de petição n.º duzentos e sessenta e quatro (264) (Mandado de Segurança), em que são agravantes o Dr. Juiz de Direito e Terezinha Machado Soares e agravado João Bôsco de Souza:

Acordam os Desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça, por votação uniforme, conhecer do recurso de ofício, deixando de conhecer do voluntário; e lhe negar provimento, para confirmar a decisão agravada, desprezando a preliminar argüida.

Custas, pela agravante.

Deixou de votar, por impedido, o Exmo. Sr. Desembargador Paranahyba Pirapitinga Santana.

O estudante João Bôsco de Souza matriculado na 2.ª série do Ginásio Estadual de Iporá, depois de uma suspensão pelo prazo de oito (8) dias, teve sua transferência expedida **ex-officio**, com o que não se conformou, constituindo advogado e procurador para requerer Mandado de Segurança, para fazer cessar a interdição de seu direito de frequentar as aulas e desfazimento do ato de transferência.

Segundo o impetrante, a medida que lhe foi imposta não encontra guarida na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, onde não está prevista a transferência compulsória.

A Dra. Diretora do referido estabelecimento de ensino prestou informações, expondo os fatos motivadores da transferência e o Dr. Representante do Ministério Público, argüiu o descabimento do **Writ**, por ser admissível, no caso, recurso administrativo com efeito suspensivo, mas reportando-se ao Regimento Interno do mencionado educandário, ressaltou a incompetência da autoridade coatora para baixar o ato de transferência, que, a seu ver, a êsse respeito, está maculado de ilegalidade".

Assim, também, o entendeu o Dr. Juiz de Direito em exercício na comarca de Iporá, que não teve dúvida em conceder a segurança, omitindo a interposição do recurso de ofício.

Notificada, a autoridade coatora constituiu procurador e ajuizou agravo de petição, em cujas razões aludiu a ilegitimidade do procurador do Impetrante por impedimento legal, decorrente da qualidade de funcionário público estadual.

A ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso voluntá-

rio, e ressaltou a omissão do recurso compulsório.

O recurso **ex-officio** resulta da norma legal e não pode ser omitido. Por conseguinte, a omissão do Juiz prolator da sentença no tocante à sua interposição constitui fato processual irrelevante.

O parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31-12-51, não deixa dúvida sobre o dever imposto do Juiz de recorrer da decisão concessiva da segurança.

Vê-se do instrumento de mandado de fls. 65 que a Sra. Da. Terezinha Machado Soares, na qualidade de Diretora do Ginásio Comercial Estadual de Iporá, outorgou podêres a advogado para recorrer da sentença do MM. Juiz.

A representação do Estado em Juízo está afeta a um órgão especializado. Compete à Procuradoria-Geral do Estado interpor recursos em mandado de segurança contra ato de autoridade estadual, (art. 1.º, letra f do Regimento Interno da Procuradoria do Judicial e Contencioso, aprovado pelo Decreto n.º 92, de 31-5-65, in D. O. de 1-6-65). É ilegítimo o procurador judicial constituído por funcionário público, em razão do ofício.

Não era pois de se conhecer do agravo de petição manifestado pela autoridade coatora. Quanto ao recurso necessário, sendo caso dêle, vai conhecido.

Contra a possibilidade da ação mandatal se alegaram a existência de recurso administrativo, com efeito suspensivo e o fato de se tratar de ato disciplinar.

Realmente, o art. 5.º da Lei n.º 1.533, de trinta e um (31) de dezembro (12) de mil novecentos e cinquenta e um (1951), ampara essas objeções, mas dentro dos limites aí traçados. O recurso administrativo deve ter efeito suspensivo, independente de caução — diz a lei. É preciso, portanto, que a autoridade receba recurso com tal efeito. **In casu**, porém, o Impetrante ficou impedido de frequentar as aulas, o que significa que o seu recurso administrativo foi recebido só no efeito devolutivo.

O recurso administrativo a que de fato se negou efeito suspensivo não constitui obstáculo à propositura do mandado de segurança. Respeito ao ato disciplinar, a própria lei estabelece uma ressalva: "Não se dará mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial". O ato disciplinar, portanto, pode ser objeto de mandado de segurança para exame de sua legalidade.

Consta da informação da autoridade coatora (fls. 25), que, para expedir a transferência do aluno, não foi convocado o conselho de professôres. Decidiu, consequentemente, sem observância do Regimento Interno do Estabelecimento, cujo art. 69 exige inquérito para a transferência **exofficio**, com direito de defesa, e decisão de um conselho de professôres, composto de três membros. Houve assim, abuso de poder da autoridade coatora, o que não significa que o aluno não mereça a penalidade.

Tôda pena, no entanto, deve ser imposta por autoridade competente e na forma prevista em lei.

Goiânia, vinte (20) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Souza
Presidente

Clenon de Barros Loiola
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Romeu Pires de Campos Barros

Renato Coelho

AUTARQUIA — PRAZOS À FAZENDA PÚBLICA — REVISÃO DE ATO ADMINISTRATIVO — CORREÇÃO MONETÁRIA

— **Não se configura Autarquia, a entidade despida de capacidade** ad processum.

— **O privilégio de prazos concedidos à Fazenda Pública, expresso no art. 32 do Código de Processo Civil, não atenta ao princípio da igualdade de todos perante a lei.**

— **Anulado pode ser o ato administrativo na sua própria área. Não modificada a** causa petendi, **a condenação implícita na pretensão inicial, segundo a natureza da ação, comporta-se nos devidos limites da sentença.**

— **A correção monetária instituida por lei especial, voltada a determinado fim específico, não se presta à aplicação, em têrmos de eqüidade.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS
Apelação n.º 4.671

Relator: Desor. Renato Coelho

ACÓRDÃO .. ....

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação **ex-officio** e voluntária n.º 4.671, em que figuram como 1.º apelante o Dr. Juiz de Direito da 2.ª Vara desta Comarca, 2.º apelantes, Joaquim Martins Ferreira e sua mulher e Manoel Alves e 3.º apelante o Estado de Goiás e como apelados os mesmos.

Acordam os Desembargadores componentes da 4.ª Turma da 2.ª Câmara Civil dêste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer das apelações, para, rejeitadas as preliminares argüidas, dar provimento ao apêle **ex officio**, a fim de excluir da condenação a parte referente à correção monetária, confirmando, no mais, a sentença apelada, e julgando prejudicados os demais apelos. Deixou de votar por impedido o Exmo. Sr. Desor. Fausto Xavier de Rezende, substituído pelo Exmo. Sr. Desor. Jorge Salomão.

Custas pelos 2.º apelantes.

O agravo no auto do processo prende-se, primeiramente, ao silêncio do despacho saneador, quanto à ilegitimidade do Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás fazer-se representar em Juízo pelo órgão do Ministério Público, sob o colorido de que a referida entidade trata-se de uma autarquia investida de administração própria, conforme preceitua o art. 3.º da Lei n.º 4.039, de 6 de julho de 1963, que a criou.

A tese não deixa de surtir impressão favorável se se considera a autarquia pessoa jurídica que o é, pouco importando se de direito público ou privado, dispor necessàriamente, de capacidade de estar em juízo.

Entretanto, no caso do "Idago", sigla como é conhecido o instituto, apesar da Lei denominá-lo autarquia, constituiu-o restrotivamente, não lhe outorgando capacidade processual, como goza a verdadeira autarquia, pessoa jurídica com representação autônoma, assim reconhecida por decisões do mais elevado Pretório do País.

Dêste modo é que a Lei n.º 4.039, vinculando-o à Secretaria de Estado da Agricultura, cumulando-o dos mesmos privilégios conferidos à Fazenda Público Estadual, a qual o equiparou, e condicionando a sua representação nas ações imobiliárias (art. 10, da Lei n.º 4.195, de 30-10-962), vedou-lhe a autonomia plena, situando-o, é certo, como órgão de descentralização administrativa, todavia, **a quem dá**. característica e amplitude autárquica,

Por isso que a representação **ad processum** se faz válida nos têrmos das leis já citadas, como consubstanciada por iniciativa dos próprios autores apelantes, endereçando a citação ao Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral de Justiça.

Daí, segundo argumentam, a incompetência da Promotoria de Justiça para contestar a ação.

Como verdadeiro **prolongamento** do raciocínio inicial, razão, outrossim, desassiste aos suscitantes.

De princípio, a Lei n.º 3.999 — de 14 de novembro de 1961, que atribuía em seu art. 10: "Ao Ministério Público, subordinado ao Procurador Geral de Justiça, compete os assuntos e serviços de proteção de defesa judicial dos direitos e interêsses do Estado e da Sociedade, inclusive os pertinentes à fiscalização do cumprimento e respeito das Constituições Federal e Estadual, das leis e atos emanados dos podêres públicos"; **em seguida, já** criado o "Idago", a citada Lei n.º ... 4.195 — de 30 de outubro de 1962, declarando em seu art. 9.º, a representação da entidade em Juízo pelos membros do Ministério Público, ao depois, a Lei n.º 5.550, de 11 de novembro de 1964, transformando a Consultoria-Geral do Estado em Procuradoria-Geral, na qual os mesmos apelantes firmam a sua argüição, olvidando, porém, a ressalva contida no art. 50, assim redigido: "Fica mantida a competência do Ministério Público nos feitos judiciários em que o Estado ou o IDAGO seja parte, como autor ou réu, em andamento até 31 de dezembro do exercício de 1964, bem assim nas ações em que nesse período forem propostas".

Consoante se vê dos autos, a ação foi proposta em 1.º de dezembro de 1964 e na data designada no texto por último transcrito, encontrava-se a mesma em andamento, portanto, sob o império da lei vigente, só revogado neste ponto pelo art. 8.º da Lei n.º 5.760, de 20 de maio de 1965, o qual determina: "Passam à competência da Procuradoria Geral do Estado os feitos Judiciais, inclusive os em andamento em que o Estado de Goiás seja parte, como autor, réu, assistente ou opoente".

Da sequência, apura-se, claramente, o elo manutendor da representação do Estado de Goiás, inclusive do "Idago", em Juízo, pelo órgão do Ministério Público, só interrompido com o advento da Lei n.º 5.760, isto é, há mais de um mês da contestação oferecida pelo Promotor de Justiça.

Por último, aduzem que na proporção da igualdade de todos perante a lei, assegurada pela Constituição Federal, a Fazenda Pública não há de se beneficiar com dilação de prazos, mostrando-se o privilégio decorrente do art. 32, do Cód. de Proc. Civil, visìvelmente inconstitucional, motivo por que a contestação inclusa aos autos em prazo superior ao comum de dez dias deve ser considerada intempestiva e conseqüentemente desentranhada do processo.

É de reconhecer a solidez da opinião.

Mas, por outro lado, doutrinadores não faltam que, também, justificam a regalia. Portanto, sem que tenha sido declarado inválido pela via competente, aplicado de maneira generalizada, sem restrição por parte dos Tribunais pátrios, sem exclusão dêste, o dispositivo processual encontra-se em vigor, não passando, na realidade, de conceituações divergentes.

Do mesmo modo, o fato da contestação ter sido anexada ao processo, sem que tenha passado pelo protocolo ou despachada pelo Juiz, constitui o caso, grave irregularidade, passível de censura, incapaz, porém, de elidir, por si própria, a merecedora fé da certidão de juntada, levada a efeito no dia 9 de janeiro de 1965, por isso dentro do prazo que ainda dispunha a Fazenda Pública, para tal ato, nos têrmos do referido art. 32.

Findas as preliminares alinhadas no agravo no auto do processo, os mesmos apelantes, liminarmente, atacaram a decisão recorrida, por entendê-la **extra petita**, incluindo na condenação — correção monetária — não pedida ou sequer aludida pelas partes.

O mesmo motivo constitui matéria de mérito da apelação oferecida pelo Estado de Goiás, ao inconformar se com o acréscimo às devoluções que lhes foram impostas, daí porque dela não há de se tomar conhecimento a esta parte.

No mérito a relação processual suporta-se, em essência, na faculdade da administração pública poder ou não anular os seus próprios atos.

In casu, tivesse o Instituto de Desenvolvimento Agrário atributos da pessoa capaz de direito — o que não tem, conforme já foi demonstrado em uma das preliminares — a aquisição de terras devolutas firmada em processo administrativo, poderia, admitamos, reger-se pelas leis ordinárias à aquisição da propriedade, conforme proposto nos autos.

Entretanto, subordinado, a mais, à Lei n.º 1.448, de 12 de dezembro de 1956, o processo à homologação pelo Chefe do Poder Executivo, torna a forma aquisitiva de feitio nìtidamente administrativo, quando motivos, mormente de ordem moralizadora, venham a justificar a medida.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da Súmula n.º 346, esclarecedora de qualquer dúvida que poderia apor-se ao acolhido, já em anterior, decidia: "Os atos administrativos praticados ao arrepio da lei podem, e devem, ser desfeitos pela própria autoridade de onde emanam sem que seus beneficiários possam alegar quaisquer direitos pretensamente adquiridos" (M Seg. n.º 7.426 — julg. em 17/8/60 — Rel. Ministro Henrique D'Ávila — publ. em 19/10/60).

A decisão em aprêço amolda-se, por completo, ao caso **sub judice**.

Efetivamente, como bem salientou a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, os trabalhos técnicos do loteamento foram realizados sob a vigência da Lei n.º 1.448, em atrás mencionada, com desrespeito às prescrições enfeixadas nos seus arts 45 e 87, pois as pretensões aquisitivas superiores a 2.000 hectares, de acôrdo com as mesmas, sujeitavam-se à justificação administrativa.

Nesse passo, como se depara, outrossim, do processo administrativo, surpreendem-se os nomes dos interessados sòmente à oportunidade dos memoriais descritivos, quando do mesmo processo não consta nenhum requerimento inicial, de consequência, afetando-se o disposto no art. 58, da aludida Lei, precisando como precisa ser a homologação nominal.

Ao demais, segundo o parecer, a final inclusão nestes autos, da fotocópia do título de domínio declarado a favor de Durval Leite Santana, em 30 de janeiro de 1961, não só surpreenderia o Chefe do Executivo que, em 22 de março do mesmo ano, isto é 23 dias após, pelo despacho n. 757, vedou a pretensão, já cabalmente obtida, mas, sobretudo, a nós, quando não obstan-

te, firmado o título naquela época — 30 de janeiro de 1961, — propõe, em 1964, a presente ação, buscando compelir o Estado de Goiás a outorgar-lhe a mesma escritura ou indenizá-lo, caso impossível; em adiante, recorrendo da decisão desfavorável, para só na data de 2 de agôsto de 1966 vir a juízo dizer que por composição amigável com o Instituto de Desenvolvimento Agrário, recebera de seu Diretor Presidente certidão autêntica do documento originário, esta, sob nôvo espanto, expedida, tão sòmente em 26 de julho de 1966.

Bem por isso, a sentença apelada, apesar de não apreciar esta última faceta, cuidando do processo administrativo, de passagem, já comentava: "O simples fato de o Sr. Agrimensor fazer um loteamento entre quatro pessoas, sem requerimento dos interessados e como procurador isento de prestação de contas (doc. de fls. 46) de outro, já não me parece correto."

Em verdade, não lhe poderia parecer correto tôda esta sorte de fatos, como não parece também à própria administração, estranhamente, avantajar apenas um D. L. S., quando, pelo mesmo meio amigável, os restantes lograram alcançar idênticos intentos.

Nestas proporções, o que vale B. T. P. de C. ou D. L. S. de terem o domínio de terras devolutas, proveniente de processo administrativo espúrio, onde acôrdo amigável, inadvertência sobrepujam a sobrevivência da lei aplicável à espécie?

Onde o direito adquirido dos que não conseguiram galgar a estranha posição?

Por êsse prisma, aplausos à sentença apelada.

Porém, sem que a deslustre, a correção monetária, incluída na devolução dos preços dos lotes, mostra-se exorbitante, sem caracterizar, no entanto, decisão **extra petita**.

Embora não pedida na inicial, esta parcela, se cabível por eqüidade, como pareceu ao douto Dr. Juiz **a quo**, no seu propósito de fazer justiça, implicitamente integrar-se a restituição imposta, formando um só todo: — o mesmo preço de outrora, equivalente ao atual na proporção da desvalorização — isto na média do que já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: "Embora seja defeso ao Juiz julgar **ultra petita**, pode, segundo a natureza da ação, condenar o réu, sem modificar a **causa petendi**, nas coisas que, natural e tacitamente, se compreende no pedido do autor, posto que nêle não fôssem expressas". ("Rev. For.", vol. 61, pág. 267).

Se por êste cunho a sentença recorrida não decidiu **extra petita**, mesmo porque a quota em evidência, dela, pode ser excluída sem invalidá-la, como já foi dito, revelou-se exagerada, estabelecendo-a contra a lei existente.

De fato, a Lei Estadual n.º 5.750, de 15 de fevereiro de 1965, congênere à federal, sujeitando os débitos fiscais em atraso à correção monetária, atendeu a uma situação especial da economia pública, de efeito efêmero, portanto, com a existência finda com a alcançada estabilização econômica e financeira, caracterizando-a a natureza drástica, em desfavor tão-sòmente do contribuinte, não sujeita, destarte, aos princípios da eqüidade, por humanos e justos que se possam apresentar tudo no pressuposto de sua extinção natural buscada a estabilização.

Por último, da demanda saindo o Estado de Goiás em parte vitorioso, não há por onde pagar honorários advocatícios como bem argumentou o Dr. Juiz da instância inferior, não prevalecendo também, esta aspiração dêstes apelantes.

Goiânia, 27 de junho de 1967.

Paranahyba Pirapitinga Santana. Presidente;

Renato Coelho, Relator;

Jorge Salomão.

EXECUÇÃO DE SENTENÇA — AÇÃO REIVINDICATÓRIA — EMBARGOS

— Tratando-se de execução para entrega de coisa certa, sem a prévia segurança do juizo, incabíveis e inadmissíveis os embargos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação cível 4.436

Relator: Desor. Manoel Amorim Féliz de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados os presentes autos de apelação cível n.º 4.436, vindos da comarca de Rio Verde, sendo 1.º apelante Joaquim Mendes Moreira e, 2.ºs apelantes, Adalberto Alves da Silva e sua mulher, e, apelados, os mesmos.

Joaquim Mendes Moreira, já qualificado, propôs ação reivindicatória de um imóvel contra Adalberto Alves da Silva e sua mulher, obtendo êxito na instância singela.

Em grau de apelação, a sentença foi confirmada.

Ficaram os réus condenados à restituição da área reivindicada e as benfeitorias indenizáveis seriam liquidadas em execução, contando-se os frutos e os rendimentos a partir da contestação da ação, pagando, ainda, os honorários do advogado do autor.

O vendedor, alegando que a condenação recaíra em coisa certa, pediu a citação dos executados para, nos têrmos da lei processual, fazer-lhe a entrega, ou alegar a sua defesa e, se findo o prazo, não lhe havendo sido entregue a coisa requeria a sua imissão na posse, por tratar-se de imóveis.

Os executados ofereceram embargos de retenção, alegando que a execução deve abranger a liquidação total da sentença e não sòmente a pura entrega do imóvel.

Contestou o exequente os embargos, alegando a sua intempestividade e sua inadmissão, por faltar-lhe o prévio depósito da coisa, não tendo direito aos embargos, porque possuidores de má fé.

Processados os embargos, por fim, em ligeira decisão, o julgador julgou por sentença o arbitramento.

Apelaram exequente e executados.

A turma conhece da apelação do exequente, dando-lhe provimento.

De início, verbera o tumultuamento processual.

Na espécie trata-se de execução para entrega de coisa certa, contra a qual foram opostos embargos de retenção por benfeitorias, discutindo-se nêles matéria estranha à execução, tal seja a de perdas e danos.

Ora, na execução da sentença por coisa certa o exequente pedira a citação do réu para, no prazo de dez dias,

fazer a sua entrega, ou alegar a defesa que tiver (art. 992, do C. P. C.). Como diz a lei correr o prazo em cartório, entende-se que a contagem principia da entrega do mandado de citação, e junto aos autos, devidamente cumprido.

Uma vez citado, três hipóteses podem ocorrer-se em relação ao executado: 1.º — entrega êle a coisa; 2.º — não entregará a coisa; 3.º — alegra defesa, apresentando embargos.

O caso dos autos, é a última.

Contudo, para ter direito à defesa mediante os embargos, segundo o ditame do artigo 995, do C. P. C., o executado deverá, prèviamente, segurar o juízo, depositando a coisa sôbre a qual versa a execução.

MOACYR AMARAL SANTOS elucida bem a questão:

"Mas, para serem admitidos os embargos, condição é que o juízo seja prèviamente seguro, "mediante depósito da coisa sôbre que correria a execução" (Cód. cit. art. 995). De conseguinte, o executado deverá efetuar o **depósito da coisa** e, em seguida, opor embargos, sem o que êstes não serão admitidos **(Direito Processual Civil**, vol. III, pág. 334)".

Além disso, outra condição para a admissibilidade dos embargos e a sua apresentação, em juízo, no tempo demarcado pela lei.

Por outro lado, versando a execução a respeito de bens imóveis, a mulher do executado deve ser citada. No caso dos autos, — e a execução de sentença começa com a citação — nem mesmo o executado varão foi citado.

Não foi cumprido o que determina o artigo 1.016 do C. P. C., que cogita do processo dos embargos do executado.

Não houve a audiência de instrução e julgamento.

Por tudo isso:

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado pela unanimidade dos votos da III Turma Julgadora de sua Primeira Câmara, conhecer da apelação interposta por Joaquim Mendes Moreira, para, reformando a decisão, rejeitar os embargos, por terem sido oferecidos sem o depósito da coisa, mandando que se proceda na execução, na forma da lei, imitido o exequente na posse da coisa e ficando prejudicada a apelação dos segundos apelantes, e, ao mesmo tempo, segundos apelados.

Custas pelos segundos apelados.

Goiânia, 11 de maio de 1967.

Hamilton de Barros Vellasco, — Presidente;

Manoel Amorim Félix de Sousa, — Relator;

Marcelo Caetano da Costa.

EXECUTIVO FISCAL — PROVA — INTIMAÇÃO — MEIOS DE DEFESA

— **Executivo fiscal. A certeza e a liquidez da dívida, que se prova com a certidão de sua inscrição no livro competente, depois de concluído o processo administrativo, no qual se observem as formalidades essenciais, é a base do executivo fiscal.**

— **Entre as formalidades essenciais para a validade do processo administrativo e, conseqüentemente, da certidão de dívida dêle originário, é a intimação do interessado da decisão final do mesmo processo, a fim de que dela possa recorrer, ou não, no prazo legal.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Recurso Cível n.º 719

Relator: Desor. Manoel Amorim Félix de Sousa

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso civel **ex officio** n.º 719, vindos da comarca de Ipameri, sendo recorrente o Dr. Juiz de Direito e recorrida a Fazenda Pública Estadual.

A Fazenda Pública Estadual, representada pelo Dr. Promotor de Justiça da comarca de Ipameri executou a A. U. F., para dêle haver a importância de trinta e quatro mil e duzentos e quarenta e oito cruzeiros, referente ao impôsto de vendas e consignações, taxas de eletricidade e turismo, revalidação e sêlo do talão, multa e juros deduzidos do processo administrativo n.º 10.882.

Citado e executado e penhorados bens seus, embargou êle a penhora, afirmando a nulidade do auto de infração, decorrente de um processo administrativo no qual inobservaram formalidades essenciais, inclusive as referentes à defesa.

Juntado aos autos o processo administrativo, saneou o juiz o feito e, depois de breve instrução, julgou improcedente a execução mandando levantar a penhora e recorrendo de sua decisão.

Nesta Instância, a nobre Procuradoria manifesta-se pelo conhecimento do recurso e o seu improvimento, porque, a seu ver, nulo é o auto de infração, oriundo de processo administrativo onde houve cerceamento de defesa.

O recurso tem o seu suporte no que prescreve o artigo 53, do Decreto-lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, o que enseja o seu conhecimento.

Bem andou o juiz não decretando a absolvição da instância pleiteada pelo executado, porque a sua mulher não fôra citada.

O princípio que rege a matéria está contido no artigo 7.º do Decreto-lei n.º 960, quando, como em tôdas as nações civilizadas, manda que a citação inicial para a execução fiscal se faça na pessoa do réu, ou do seu representante legal, dispensando a citação da mulher quando citado fôr o marido.

Ademais, a falta não lhe acarretou nenhum prejuízo.

O título, nos executivos fiscais, com que a Fazenda ingressa em Juízo, com sua intenção fundada de fato e de direito, é certidão extraída dos livros próprios da repartição, dos quais conste a inscrição da dívida de origem fiscal, porquanto, segundo o entendimento da lei, a obrigação tributária adquire liquidez e certeza, para servir de título executivo, quando, fixado o seu valor, é inscrita no livro especial e determinado da repartição fazendária.

Essa inscrição empresta liquidez à dívida fiscal, por um artifício legal, compondo-se, pois, uma presunção **juris tantum**.

Pela mesma maneira, a certeza decorre da certidão de dívida extraída do livro próprio.

"Portanto — é a lição de BARBOSA NOGUEIRA —, a favor da Fazenda existe uma presunção, mas ainda não um reconhecimento judicial de sua pretensão ("Curso de Direito Tributário", pág. 106)."

Por quaisquer dos meios com que é feito o lançamento fiscal, excluído o chamado autolançamento se o contribuinte estiver de acôrdo, pagando a obrigação no prazo assinado, essa mesma obrigação se extingue, definitivamente; mas, se em discordância, a própria legislação tributária lhe confere os meios de defesa, defesa essa que, desde que a Constituição Federal aboliu o contencioso administrativo, é a mais ampla tanto no âmbito do processo administrativo, como no executivo fiscal.

Na esfera do executivo, o executado deve, nos seus embargos, alegar, de uma só vez, tôda a matéria útil à defesa, segundo o expressivo mandamento do artigo 16, do Decreto-lei n.º 960, e que sugere a amplitude dessa mesma defesa.

É o que afirma o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em venerandos arestos trazidos por JOÃO MARTINS DE OLIVEIRA, para ilustrar o seu precioso livro — "Direito Fiscal":

"A circunstância de entrar a Fazenda com a sua intenção fundada na inscrição da dívida não tolhe que a parte articule a nulidade do processo administrativo pelas irregularidades, uma vez que a inscrição se baseia, exatamente, no mesmo processo. A defesa no executivo, é ampla e abrange qualquer vício do processo administrativo, servindo de base à inscrição. Não se pode denegar ao poder judiciário a faculdade de um exame retrospectivo quanto ao processo administrativo, relativamente às irregularidades que nêle possam ter havido (Ac. 15.6.1931)."

"É condição de legalidade do executivo fiscal que se tenha facultado ao executado os recursos administrativos admitidos por lei, antes de ser extraída a respectiva certidão de débito. A dívida não deve ser inscrita, desde que... (Ac. 11.8.1931)."

O executado, em seus embargos, alega matéria de nulidade no processo administrativo, tal seja a de não revestir o auto de infração da forma prescrita em lei, desatento à prescrição do artigo 114, do Código Tributário baixado pela Lei de n.º 89, de 23 de dezembro de 1947, que declara facilitados todos os meios de defesa aos autuados.

O auto de infração segundo a regra estabelecida no artigo 111 do Código, dirá, "com clareza, sem entrelinhas, rasuras, emendas ou borrões", a natureza de infração constatada, com amplos esclarecimentos a respeito do local, dia e hora de sua lavratura bem assim o nome do infrator, as testemunhas, quando hajam e tudo que possa esclarecer o processo.

Contudo, o auto, que pode ser datilografado ou impresso em relação às palavras usuais e preenchido à mão, nos claros, deverá ser lavrado no estabelecimento ou local em que foi verificada a infração (§ 1.º, art. 111).

O agente do fisco estadual que lavrou o auto em seu depoimento de fls. 95, conta-nos que, verificando a existência de uma diferença de estoque no bar pertencente a A. U. F., que é o executado, entregou-lhe uma nota de fiscalização para que prestasse esclarecimentos e, como mais tarde, ficou sabendo do executado, haver êle vendido essa diferença, constante de mercadorias, móveis e utensílios, para outro bar situado na cidade, lavrou, na Coletoria Estadual, o auto de infração, enviando a notificação ao infrator pelo correio.

Houve, pois, uma infração ao Código Tributário do Estado: a lavratura de auto fora do local onde se verificou a infração.

Mas, também, não foi observado o conteúdo do artigo 114, que dá ao autuado o direito da mais ampla defesa, no prazo de vinte (20) dias e o edital de citação dá-lhe apenas o prazo de dez dias.

Também é de relevância assinalar que o edital só tem lugar, quando desconhecido o domicílio ou residência do infrator (n.º 3, letra "e", inciso II, do art. 114), sendo o instrumento de convocação afixado em lugar público, ou publicado em jornal local, quando houver, ou, no caso do n.º, da mesma letra e inciso, com expedição de edital publicado no órgão oficial do Estado, quando ignorado o domicílio ou residência do infrator, e estiver êste sujeito à multa superior a dez mil cruzeiros.

No processo administrativo, se considerada válida a citação por edital desobedeceram as autoridades fiscais de Ipameri o mandamento contido na letra "f", do inciso II, do citado artigo 114, conduzindo o fato à presença de um cerceamento de defesa, sem justificativa, tendo em conta a data da sentença condenatória exarada pelo Sr. Coletor Estadual.

Contudo, aquela intimação deveria ser pessoal, porque o próprio fiscal de rendas que subscreveu o auto de infração e nêle exarou a declaração de que não intimara A. U. F. na própria pessoa, **por se encontrar ausente em lugar incerto e não sabido**, em suas declarações de fls. 95, informa ao juiz da causa que, sabedor de que a diferença fôra vendida a A. A., disse-lhe o executado A. U. F. que fizesse o que bem entendesse e, "diante da declaração do réu o depoente lavrou o auto de infração de fls. na Coletoria Estadual".

É outro vício, e grave do processo administrativo e do auto de infração.

Da sentença condenatória, qualquer que seja a importância da multa, cabe recurso voluntário para o Secretário de Estado da Fazenda (art. 116) e interposto dentro do prazo de vinte (20) dias contados pela forma fixada no final do § 3.º, do art. 115 e prorrogável, por 10 dias, no caso da letra "b".

Ora, a sentença condenatória foi lavrada no dia 10 de agôsto de 1961 e, em seu final, remete o seu prolator o processo à Secretaria de Estado da Fazenda para o lançamento do débito e a extração da respectiva certidão de dívida para a sua cobrança executiva.

Em quatro dias após, sem nenhuma intimação, quer ao executado, quer A. A., comprador das mercadorias, móveis e utensílios, reveladores da diferença pela qual fôra A. U. F. processado, já os autos do processo administrativo estavam entregues ao Diretor-Geral da Receita Estadual (cota de fls. 41, verso).

Já se demonstrou a presença do executado na cidade de Ipameri na data da lavratura do auto de infração e documentos há nos autos, de origem fiscal, que dão notícia de que êle naquela cidade reside e tem domicílio.

A remessa dos autos à Secretaria de Estado da Fazenda sem sua intimação da sentença condenatória, negando-lhe o direito ao recurso pelo próprio Código Tributário reconhecido, reflete, com evidência, outro vício, outro cerceamento de defesa, outra nulidade, que mancha a pureza da dívida executada, tornando-a ilíquida e incerta.

Não gera dívida líquida e certa processo administrativo eivado de nulidades.

Assim, — ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, pela votação unânime da III Turma Julgadora de sua Primeira Câmara, conhecer da apelação e lhe negar provimento, para confirmar a sentença apelada, ressalvado ao Fisco Estadual a renovação do processo administrativo, atendida a lei específica.

Sem custas.

Goiânia, 11 de abril de 1966.

Paranahyba Pirapitin Santana,
Presidente

Manoel Amorim Félix de Sousa,
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco
Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros
Procurador-Geral de Justiça.

FISCAL DE RENDAS — REMOÇÃO — ZONA FISCAL — SEGURANÇA INDEFERIDA

— Se o impetrante concordou com a ordem de seu superior, deslocando-se para outra zona fiscal de igual categoria, não há que falar em lesão de seu direito, já não servindo mais seu arrependimento tardio.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 290

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 290, da comarca de Goiânia, em que é requerente Tarcílio do Carmo Ferreira e requerido o Sr. Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Goiás.

Acordam os desembargadores componentes do Tribunal Pleno, por maioria de votos, conhecer do pedido, mas para o indeferir. Tarcílio do Carmo Ferreira, brasileiro, casado, residente em Taguatinga, neste Estado, funcionário público estadual, requereu a esta Côrte mandado de segurança, alegando que êle, na qualidade de fiscal de rendas do Estado, estava lotado na 14.a zona fiscal, com sede em Arraias, quando, inexplicàvelmente, se viu removido, por ordem do Sr. Secretário da Fazenda do Estado, para a 10.a zona, com sede em Formosa.

Ora, tal ato, frisa, fere o disposto no art. 89 da Lei 4.100, de 6-7-1962 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás), pois nenhum funcionário pode ser transferido de ofício para cargo ou função no período de seis meses anteriores e três mêses posteriores ao pleito.

Expõe que a portaria do Secretário da Fazenda é de 28 de junho de 1965 e está publicada no "Diário Oficial" de 3-7-1965, portanto, dentro do prazo proibido por lei, de vez que as eleições estavam marcadas para dia 3 de outubro de 1965.

Pretendendo o requerente ser mantido na zona onde está, lançou mão do presente "writ", de vez que seu direito é líquido e certo. Notificada a autoridade coatora a prestar informações, esta disse que o ato não redundou em prejuízo para o impetrante, porque a remoção se deu sòmente com relação à zona, tendo sido respeitada a categoria. Assim sendo, inexiste direito certo e incontestável a favor do suplicante, desde que a medida é discutível. Ouvido a respeito, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça foi pelo indeferimento do pedido, por parecer-lhe que o caso não é para mandado de segurança.

É o relatório. O Impetrante, Fiscal de Rendas do Estado, viu-se removido de sua zona, com sede em Arraias, para outra de igual categoria, com sede em Formosa, por ato do Sr. Secretário da Fazenda, dentro do prazo proibido por lei.

Julgando que tal ato atentava contra um direito seu, líquido e certo de permanecer em sua zona fiscal, impetrou êle o presente "writ", visando ao retôrno à região da qual fôra remo-

vido. Ocorre, porém, que o requerente cumpriu a ordem de seu superior, deslocando-se para Formosa. Só depois de feito isso foi que ingressou em juízo, quando já cessada a lesividade de seu direito.

A lição dos mestres é de que a violação ou ameaça por ilegalidade ou abuso do poder há de estar vivida no ato do ajuizamento do mandado de segurança. Assim, se o coator vier a praticar atos incompatíveis com a continuidade da lesão do direito, consentindo-a, esta está terminada e o remédio jurídico não tem mais razão de ser.

Concordando êle com a ordem tida por llegal, não há que falar em lesão de direito, já não servindo mais seu arrependimento tardio. Custas pelo requerente.

Votaram, em parte, vencidos, os Exmos. Srs. Desembargadores: Romeu Pires de Campos Barros e Renato Coelho, que não conheciam do pedido.

Goiânia, 22 de fevereiro de 1967.

Manoel Amorim Féliz de Sousa,
Presidente com voto

Fausto Xavier de Rezende,
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Romeu Pires de Campos Barros

Clenon de Barros Loiola

Renato Coelho

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — VANTAGEM DOS 30%

— Interpretação da Lei n.º 2.588, de 23 de setembro de 1959

— O que distingue o cargo isolado do cargo de carreira é que, neste, o acesso é gradual e progressivo, enquanto que aquêle não se integra em classes.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.644

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, discutidos e examinados êstes autos de apelação cível ex-offício número quatro mil se scentos e quarenta e quatro (4.644), da comarca de Goiânia, onde figuram como apelante o doutor Juiz de Direito da segunda vara e apelados Alcides José da Silva e outros.

ACORDA a Quarta Turma, da Primeria Câmara Cível do Tribunal de Justiça dêste Estado, incorporado o relatório retro e adotando o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, sem divergência de votos, conhecer do apêlo e, desprezado o agravo no auto do processo, negar provimento à apelação, a fim de confirmar a decisão recorrida.

E assim se decide. pois, relativamente ao agravo no auto do processo, foi êle intempestivamente formalizado, visto como requerido em trinta e um (31) de mil novecentos e sessenta e cinco (1965). sòmente em seis (6) de julho daquele ano foi assinado o respectivo "têrmo".

Quanto ao mérito, não há dúvida quanto ao direito dos apelados à percepção do aumento de trinta por cento (30%), a que se refere a Lei número dois m'l quinhentos e oitenta e oito (2.588), de vinte e três (23) de setembro de mil novecentos e cinquenta e nove (1959). Tôda a questão se encerra em tôrno da discussão de serem, de carreira ou isolados, os cargos ocupados pelos apelados, por ocasião da aposentadoria.

Efetivamente, não se confunde cargo isolado, com cargo de carreira, pois êste se define exatamente pela existência de acesso gradual e progressivo, o que não ocorre relativamente aos cargos isolados, que não se integram em classes.

Carreira, na conceituação do **Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás** é um conjunto de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria, escalonadas segundo os padrões de vencimentos, mediante acesso gradual e sucessivo.

Vê-se, por aí, que os cargos dos apelados não se ajustam a êste conceito, por faltar o elemento característico oriundo do acesso gradual e sucessivo.

Entende-se por **cargo isolado** aquêle que não se integra em classes e corresponde a certa e determinada

função definitiva em regulamento. A única dúvida que poderia surgir seria quanto aos Inspetores de Polícia, no entanto, como frisa a douta Procuradoria Geral de Justiça, quanto a êstes ainda devida seria a percentagem, por constituir final de carreira.

No que concerne ao apelado Deusdedit Felix de Souza é fora de dúvida que a Lei número dois mil setecentos e setenta e nove (2.779) de onze (11) de novembro de mil novecentos e cinquenta e nove (1959) atingiu a sua situação, beneficiando-o com o aumento pretendido.

Os honorários advocatícios naturalmente que são devidos em virtude do princípio de sucumbência. Destarte, não há qualquer reparo a se opôr à decisão recorrida, que julgou com acêrto e merece ser confirmada. Custas, **ex lege**. Goiânia, 22 de maio de 1967. Manoel Amorim Feliz de Souza, presidente. Marcelo Caetano da Costa, Relator. Hamilton de Barros Vellasco. Antônio Diurivê Ramos Jubé.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA — RETIFICAÇÃO DE DECRETO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Aposentadoria voluntária. Concessão de Mandado de Segurança para retificação do ato respectivo. Se existe uma lei que, de modo inequívoco, tutela a pretensão do servidor, no tocante a vantagens adquiridas em sua vida funcional, não pode a Administração regateá-las estabelecendo condições para aquisição de direito não previstas em texto legal.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 310

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n.º 310, da comarca de Goiânia, em que é requerente Francisco Vieira da Paixão e requerido o Governador do Estado.

Acorda o Tribunal de Justiça em Tribunal Pleno, sem divergência de votos, conhecer do pedido e deferí-lo, a fim de que seja retificado o decreto de aposentadoria do requerente.

Francisco Vieira da Paixão, Fiscal de Rendas, símbolo A.F.3-4-41, do Quadro Único do Funcionalismo do Estado, foi aposentado por decreto de 19 de maio de 1966, baixado pelo Senhor Governador do Estado, com os vencimentos e vantagens da classe imediatamente superior, ou seja, do cargo de Assessor Fiscal, conforme dispõe o inciso I do art. 254 da Lei n.º 4.100, de 6 de julho de 1962, ao invés dos vencimentos e vantagens de seu cargo, aumentados de trinta por cento (30%), como determina o inciso II do mesmo artigo. Irresignado com tal ato governamental, ajuizou, em tempo próprio, o presente pedido de segurança, por entender que, ocupante que era de cargo isolado de provimento efetivo com mais de trinta anos de serviço efetivo, na data da publicação da Lei n.º 4.600, de 1.º de outubro de 1963, que revogou o mencionado art. 254, dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, mas ressalvou, no parágrafo 1.º de seu art. 5.º os direitos aos "benefícios estipulados na legislação anterior", fazia jus, no ato de aposentadoria, ao aumento de trinta por cento, motivo por que deve a autoridade coatora ser compelida a ratificar o decreto de que se trata.

O Senhor Governador do Estado, defendendo o seu ato, apresentou os seguintes argumentos:

1.º) — a aposentadoria regula-se pelas leis em vigor na data de sua concessão;

2.º) — o impetrante ocupava, então, cargo de carreira, criado pela Lei n.º 5.000, de 14 de novembro de 1963 (Lei de Reclassificação de Cargos);

3.º) — o ato de aposentadoria foi registrado no Tribunal de Contas

do Estado, do que se deduz sua perfeita legalidade.

Chamada a opinar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, ante as questões de fato que a espécie suscita e ser impróprio o remédio invocado para se obterem efeitos patrimoniais. Não procede, porém, o reparo do ilustre Membro do Ministério Público, que subscreveu o parecer de fls.

As questões de fato não encontram mesmo no processo de mandado de segurança vez para sua discussão. Todavia, competindo ao Poder Judiciário decidir sôbre caso concreto, todo aquêle que bate às portas dêsse Poder para pedir uma prestação jurisdicional traz a seu conhecimento um fato, de que decorre a relação jurídica.

O que afasta a possibilidade de ação mandamental é a **questio facti**, isto é, a controvérsia sôbre acontecimentos capazes de gerar direitos e obrigações. No caso **sub judice**, o próprio ato impugnado reconhece que o requerente, contando 30 anos de serviço efetivo, quando se revogou o artigo 254, dos Estatutos dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, tem direito, no entretanto, a invocar o seu benefício, em virtude da ressalva da lei revogadora (§ 1.º do art. 5.º da Lei n.º 4.600, de 1.º de outubro de 1963).

Remanesce discussão tão só quanto à aplicação do inciso I ou II do prefalado texto legal, e a informação da honrada autoridade coatora dá os elementos para o deslinde da questão. Diz o Senhor Governador do Estado que o cargo de Fiscal de Rendas era mesmo cargo isolado de provimento efetivo, mas até entrar em vigor a Lei n.º 5.000, de 14 de novembro de 1963, chamada Lei de Reclassificação de Cargos.

Ora, essa Lei de Reclassificação foi publicada no Diário Oficial de 30 de dezembro de 1963, entrando em vigor depois da vigência da Lei nº 4.600, de 1.º de outubro de 1963, cujo parágrafo 1.º do art. 5.º consolidou a situação jurídica do servidor requerente, para efeito de aposentadoria.

É verdade que os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o servidor reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade fôr volutária (Sumula n.º 359).

Respeitam-se, porém, os direitos adquiridos, no próprio interêsse da Administração, que revogando leis de favores, deve evitar o estímulo à inatividade, para o qual se transferiram todos os que, preenchendo os requisitos para a aposentadoria voluntária, estivessem adiando o exercício do ato postulatório.

Demais disso, se existe uma lei, que, de modo inequívoco, tutela a pretensão do servidor, no tocante a vantagens adquiridas em sua vida funcional, não pode a Administração regateá-las, estabelecendo condições para aquisição de direito não previstas no texto legal.

Declarou impedimento o Exmo. Senhor Desembargador Romeu Pires de Campos Barros, que serviria, no feito, como Procurador-Geral de Justiça. Custas **ex lege**.

Goiânia, 16 de março de 1967.

Everardo de Sousa, Presidente;

Clenon de Barros, Loiola, Relator;

Hamilton de Barros Vellasco;

Antônio Diurivê Ramos Jubé.

Geraldo Bonfim de Freitas;

Paranahyba Pirapitinga Santana;

Manoel Amorim Félix de Sousa;

Fausto Xavier de Rezende;

Marcelo Caetano da Costa.

Tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. Desor. Ramos Jubé. Data supra. C. de B. Loiola.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — INTERINIDADE — DEMISSÃO **AD NUTUM**

— **"A clássica distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário. No primeiro caso, a conduta da autoridade administrativa não é subordinada a uma regra de direito; no último caso, é defeso ao administrador agir livremente, sob pena de cometer uma ilegalidade. Há direito líquido e certo em prol dos funcionários ocupantes de cargos isolados, efetivados por fôrça de lei especial.**

— **Recurso de agravo de petição conhecido e desprovido".**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 228

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, oralmente e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 228, em mandado de segurança, da comarca de Petrolina de Goiás, em que é agravante o Dr. Juiz de Direito e são agravados G. R. C. e outros.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, por votação convergente dos desembargadores, em Câmaras Reunidas, adotado o parecer da ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer do agravo de petição e lhe negar provimento, para confirmar a decisão agravada.

Custas, **ex vi legis**.

G. R. C. e J. F. S., já qualificados, funcionários públicos municipais, via de seu advogado, impetraram ao Dr. Juiz de Direito da comarca de Petrolina de Goiás mandado de segurança contra o ato do sr. Prefeito Municipal que os exonerou de suas funções, alegando que o primeiro foi nomeado escriturário-datilógrafo, por portaria n.º 45, de 1-4-1962, baixada pelo Decreto n.º 53, de 8/8/1964, foi nomeado para o cargo de Coletor Tesoureiro da dita Prefeitura, e que o último foi nomeado por portaria n.º 89, de 1-6-1963, da mesma Prefeitura, para exercer o cargo de Fiscal Geral; que, por fôrça da Lei municipal n.º 126, de 5 de novembro de 1965, os impetrantes foram efetivados em seus respectivos cargos; que, apesar de haverem adquirido efetividade, foram exonerados por ato do nôvo Prefeito eleito pela facção política contrária à que até então dominava, naquele município (docs. de fls. 14 e 15); que os impetrantes, ao serem efetivados, ocupavam cargos de provimento isolado e não de carreira, de sorte que o ato impugnado não tem assento em lei, cabendo, no caso, a concessão do mandado de segurança para garantia de um direito líquido e certo em favor dos impetrantes que estão ao amparo de uma lei municipal.

O "petitum" está instruído com diversos documentos.

Em suas informações, o sr. Prefeito Municipal procurou justificar, com base na lei orgânica dos Municípios, a demissão dos requerentes, tanto mais que a lei municipal que os efetivou é inconstitucional, não se esquecendo de que um dos Atos do Comando Revolucionário derrogou o instituto da estabilidade; que, destarte, inexiste direito líquido e certo em favor dos requerentes.

O Dr. Representante do Ministério Público, em seu parecer, se pronunciou no sentido de ser denegada a segurança.

Na prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito da comarca acolheu o pedido para conceder a segurança e recorreu de ofício para esta instância Colegiada onde foi obtido o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser conhecido e desprovido o recurso oficial.

Não houve recurso voluntário por parte da Prefeitura sucumbente.

É o relatório.

Isto pôsto: a decisão do primeiro grau não merece nenhum reparo, porque está calçada na doutrina e na jurisprudência.

É de sabença trivial que o funcionário interino pode ser dispensado, de acôrdo com a conveniência e as necessidades do serviço público, porque, em geral, não se acha integrado a um quadro fixo, podendo ser demitido e dispensado "ad nutum": isto é, independentemente de formalidades processuais.

Está firmado pelo legislador o princípio de que os funcionários efetivos sòmente poderão ser demitidos, se vitalícios por sentença com trânsito em julgado; se estáveis, mediante processo administrativo e, se em estágio probatório, pela forma legal, vale dizer, por meio de sindicância.

Então, só o funcionário interino pode ser demitido sumàriamente, a qualquer tempo, por motivos de conveniência ou de oportunidade.

Aí reside, portanto, a distinção clássica entre o poder vinculado e o poder discricionário da pública administração. No primeiro caso, a conduta da autoridade administrativa não é subordinada a uma regra de direito; no último caso, é defeso ao administrador agir livremente, sob pena de cometer uma ilegalidade. (Ac. do Eg. Tribunal Fed. de Recursos, de 22-7-1965, pub. "in" Diário Oficial da União de 21-1-1966).

"In specie juris", os impetrantes que ocupam cargos isolados e não de carreira, foram efetivados pela Lei n.º 126, de 5 de novembro de 1965, daquela municipalidade. Logo, não podia mais o Prefeito Municipal demití-los, **ad nutum**.

O texto citado na inicial, referentemente àquela Lei n.º 126, dispõe **in-verbis:** "Ficam efetivados todos os funcionários interinos, integrantes do quadro único do funcionalismo da Prefeitura e Câmara Municipal de Petrolina de Goiás, cujo ato de nomeação ou admissão tenha sido publicado até o dia 30 de setembro de 1965 (art. 1.º)..

Ora, os impetrantes G. R. C. e J. F. S. ocupavam ao entrar em vigor a mencionada lei municipal, os cargos de Coletor Tesoureiro e de Fiscal Geral da Prefeitura, respectivamente.

Beneficiados **ex vi legis**, não podiam ser demitidos sem observância das formalidades legais.

Não há, na espécie, a inconstitucionalidade arguida pela autoridade averbada de coatora, no tocante à referida lei municipal.

É que a lei ordinária pode ampliar os direitos dos servidores federais, estaduais ou municipais, excluídos, porém, os extranumerários, os interinos e os em comissão.

Portanto, os impetrantes recorreram, **in oppºrtuno tempore**, à ação mandamental para resguardarem o seu direito líquido e certo, vez que o administrador municipal cometeu uma ilegalidade, porque seu ato contrariou preceito de lei.

De ver, afinal, que os impetrantes estavam já garantidos por um direito objetivo, não podendo ser atingidos pelo poder discricionário da autoridade administrativa, já submetida a uma obrigação jurídica com êles.

Dada à relação jurídica estabelecida entre a pública administração municipal e os impetrantes, fixou-se a competência vinculada, não sendo ela mais considerada como juiz da oportunidade de sua atuação.

Daí porque bem andou o Dr Juiz apelante em conceder a segurança aos impetrantes, reintegrando-os nos cargos dos quais foram despojados ilegalmente.

Não merece censura a prestação jurisdicional do juízo monocrático, impondo-se a sua confirmação.

Goiânia, 7 de dezembro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Jorge Salomão — Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Velasco

Antônio Diurivê Ramos Jubé

Geraldo Bonfim de Freitas

Fausto Xavier de Rezende
Fui presente:

Arinam de Loyola Fleurí
Procurador-Geral de Justiça

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — REMOÇÃO — MANDADO DE SEGURANÇA

— Confirma-se a sentença do Juiz denegatória de Mandado de Segurança, requerido por funcionário público contra ato de sua remoção, quando êste não comprova os motivos em que se fundamentou o pedido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de petição n.º 274 em MS

Relator: Desor. Romeu Pires de Campos Barros

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Agravo de Petição n.º duzentos e setenta e quatro (274) (Mandado de Segurança), da comarca de Goiânia, em que figura como agravante o Dr. Jairo Ferreira de Castro, e como agravada a Superintendência da Organização de Saúde do Estado de Goiás:

Acordam, em Tribunal Pleno, por votação unânime, em conhecer do agravo e lhe dar, em parte, provimento para excluir da sentença agravada a condenação do vencido ao pagamento dos honorários de advogado, ficando, quanto ao mais, confirmada a sentença, por suas conclusões.

Custas, pelo agravante.

O Dr. Jairo Ferreira de Castro, médico, funcionário da Organização de Saúde do Estado de Goiás (OSEGO), impetrou Mandado de Segurança perante o juízo da 6.ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, alegando que fôra removido mediante Portaria do Diretor da citada organização, do Pôsto de Saúde da cidade de Uruana para idêntico cargo na cidade de Arraias, afirmando que tal remoção se dera por perseguições políticas do govêrno, visto que o impetrante pertencera à facção política contrária à dominante.

Recebida a inicial, que veio instruída de diversos documentos, o Dr. Juiz de Direito determinou se notificasse a autoridade coatora para que prestasse informações, tendo esta respondido, em longo ofício (fls. 34/35), alegando que a remoção se verificou como ato de rotina administrativa e em atendimento ao interêsse da administração pública, uma vez que se trata de funcionário que não goza de garantia de inamovibilidade.

Afirmou, mais, a autoridade informante, que a remoção se verificou por necessitar a cidade de Arraias de um médico para cuidar da unidade sanitária ali existente, onde não existem nem facultativos, nem hospitais, enquanto Uruana e suas cidades vizinhas possuem hospitais e vários médicos com clínicas especializadas. Por último informa, também que o impetrante teve seus vencimentos majorados em sessenta por cento (60%), em virtude dessa remoção.

Recebidas tais informações, o Dr. Juiz de Direito determinou audiência do Dr. Promotor de Justiça, em exercício naquela vara, tendo êste opinado no sentido da concessão da medida.

Devidamente instruído o procedimento, sentenciou o Dr. Juiz de Direito (fls. 45/48), argumentando que a existência de um direito subjetivo líquido e certo é pressuposto essencial para a concessão da medida pleiteada.

No entanto, afirma Sua Excelência, que dispondo o artigo 84, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás, que a remoção de seus funcionários poderá ser feita **ex officio**, no interêsse da administração, a mobilidade é a regra, constituindo a inamovibilidade a exceção.

Argumenta ainda a sentença agravada, que sendo permitida por lei a remoção de seus funcionários, a administração pública, quando assim procede, exercita faculdades discricionárias que são inerentes ao poder de administração. Diante disso, não se verifica abuso de poder, dado que não houve desvio da função na espécie.

Embora reconheça que o ato possa acobertar expediente político, não se reveste êle de ilegalidade.

Diante de tais considerações, concluí a decisão por denegar a ordem impetrada, e condenar o impetrante ao pagamento das custas do processo e dos honorários de advogado, da parte vencedora, sendo aquêles na base de dez por cento (10%), do valor atribuído à causa.

Inconformado agrava o impetrante, fls. quarenta e nove a cinquenta e dois (49/52), insistindo em que o ato se reveste de abuso de poder da autoridade coatora.

O agravo foi contraminutado pela OSEGO, por intermédio de um Procurador do Estado (fls. 55/59) fôlhas cinquenta e cinco e cinquenta e nove, que, em longo arrazoado, procura demonstrar o acêrto da decisão recorrida. Falou ainda a Promotoria de Justiça, em primeira (1.ª instância, fls. sessenta e dois (62), acentuando que a sentença agravada deve ser mantida.

Nesta instância, opina também a Procuradoria-Geral de Justiça, fls. sessenta e seis a sessenta e sete (66/67), entendendo que o recurso deve ser conhecido, negando-se-lhe, no entanto, provimento.

Entende a douta maioria, segundo o voto do eminente Desembargador Clenon de Barros Loiola, que a sentença merece confirmação porque não se comprovaram os motivos da remoção alegados pela impetrante, e neguem a verba de honorários, concedida pela sentença agravada, tendo em vista que a Superintendência da Organização de Saúde do Estado de Goiás, foi defendida, na ação de mandado de segurança, pela Procuradoria do Estado, órgão estadual que tem sua finalidade.

Assim, não se justificaria o recolhimento dos honorários aos cofres públicos visto que não é prevista em lei essa forma de arrecadação. Data **venia**, assim não entende o relator do acórdão.

Em primeiro lugar confirma a sentença agravada, na parte em que denegou a segurança impetrada, por seus próprios fundamentos.

Trata-se de remoção de funcionário público estável. Êste não goza da garantia de inamovibilidade. A lei não especifica os casos de remoção, limitando-se a dizer que tal ato se verifica no interêsse da administração.

Ao judiciário cumpre examinar a legalidade ou não do ato administrativo, e não a sua vantagem ou desvantagem para o serviço público.

O poder discricionário é aquêle que autoriza o agente do Estado operar dentro de determinados limites. É certo, todavia, o exame pelo órgão judicante quanto ao mérito de determinado ato da administração, atenta contra o princípio da autonomia dos podêres, além de importar numa intolerável ingerência em assunto estranho às suas finalidades.

Daí porque acertada se nos afigura a sentença recorrida, quando afirma que não houve, na espécie, abuso de poder, sendo que o órgão administrativo contra o qual se impetra a segurança, agiu nos limites de sua faculdade discricionários.

Embora concorde com o relator, em dar parcial provimento ao recurso, reformando a sentença agravada, na parte que que condenou o impetrante ao pagamento dos honorários de advogado, não adota também os fundamentos da douta maioria, e sim, por entender, que a ação de mandado de segurança se desenvolve entre o impetrante e a autoridade coatora, não assumindo esta a função de parte em sentido substancial na relação processual. Enquanto que, sujeito passivo da lide, ou parte em sentido substancial na relação processual é o próprio Estado.

Ora, dispondo êste de um órgão permanente para sua assistência jurídica — a Procuradoria-Geral do Estado — mesmo assim, nem sempre assume a função de parte na ação.

Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, depois de citar diversos exemplos em que o litisconsórcio processual se forma, explica:

"O exame dêsses casos de mandado de segurança revela, portanto, que o Estado (pessoa jurídica de direito público interno ou uma de suas autarquias) é o sujeito passivo da lide. Em todos os exemplos figurados, o sujeito passivo da ação é a autoridade coatora.

A eficácia do julgado deve estender-se ao sujeito da ação. Já podemos, neste passo, consignar a primeira limitação à eficácia da decisão que concede mandado de segurança: quando o Estado (sempre entendido como pessoa jurídica de direito público interno ou uma de sua autarquias) não fôr o sujeito passivo da lide, o julgado que concede o mandado é, para êle, **res inter alios**" (Direito processual civil, edição Saraiva — 1965 pág. 53).

Na espécie, embora o Estado tenha a posição de sujeito passivo da lide, e a OSEGO, a de sujeito passivo da ação pôsto que contra o ato de seu diretor é que se dirige o pedido, se êste órgão estatal tivesse contratado um advogado para defendê-lo, não teria dúvida de que, pelo princípio da sucumbência (artigo 64, do Código de Processo Civil, com a nova redação constante da Lei n.º 4.632 de dezoito (18) de maio (5) de um mil novecentos e sessenta e cinco (1965), deveria a parte vencida ser condenada.

Já o mesmo não acontece na forma pela qual se desenvolveu o presente pronunciamento, no qual a Procuradoria-Geral do Estado, conforme consta do instrumento de mandado de fls. sessenta (60), surge, não como órgão estatal, mas sim emprestando seus serviços jurídicos à OSEGO, defeso lhe é, por isso receber honorários, situação esta sem amparo na legislação específica.

Essas as razões que me levam a negar a condenação do impetrante ao pagamento dos honorários, no caso em exame.

Goiânia, vinte e quatro (24) de abril (4) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Sousa
Presidente

Romeu Pires de Campos Barros
Relator

FUNCIONÁRIO PÚBLICO — VANTAGEM DOS 30% — REAJUSTAMENTO

— Os trinta por cento (30%) devem ser calculados sôbre os proventos reajustados e não computados apenas uma vez no ato concessório da aposentadoria. Tôdas as vêzes em que houver aumento, os 30% serão reajustados na base do acréscimo feito.
— Jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mandado de Segurança n.º 377 — Goiânia

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 377, da comarca de Goiânia em que é requerente Joaquim Brandão Ferreira e requerido o Governador do Estado de Goiás:

Acordam os desembargadores componentes do Tribunal Pleno, por maioria de votos, conhecer do pedido e por unanimidade conceder a segurança impetrada. Joaquim Brandão Ferreira, funcionário público estadual, aposentado, com base no art. 150 §§ 3.º e 21.º da Constituição Federal e Lei n.º 1.533, de 31-12-1951, impetra a esta Côrte um mandado de segurança contra o Exmo. Sr. Governador do Estado para o fim de ver retificadas suas apostilas com tôdas as alterações de seus proventos a partir de maio de 1959, na parte que lhe afetou os trinta por cento (30%) de acréscimo sôbre a respectiva aposentadoria.

Alega o impetrante que há vários atos da administração pública na expedição de apostilas decorrentes de atualização de seus proventos, partindo o primeiro de 19 de janeiro de 1962 e o mais recente de 28 de novembro do ano passado. Todos êles se basearam no decreto de 9 de maio de 1959 (doc. fls. 9), e o órgão encarregado da expedição das respectivas apostilas sempre manteve a orientação da irreajustabilidade do acréscimo de trinta por cento (30%) do ato concessório da aposentadoria.

Ciente, no entanto, de que a administração pública em caso idêntico havia concedido o reajustamento dêsse acréscimo a funcionário aposentado de outra rapartição (doc. 17), postulou o impetrante, administrativamente, em 19 de outubro de 1965 o mesmo benefício, o qual, porém, foi denegado por despacho da Governadoria do Estado. Daí a segurança reclamada que êle julga tempestiva.

Notificada a autoridade coatora, esta prestou as informações de fls. 30 a 33, nas quais como matéria preliminar, fala que não é de se conhecer da segurança por não estar a inicial instruída de acôrdo com as disposições da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951.

Quanto ao mérito diz que o pretenso direito do impetrante não deve ser considerado líquido e certo.

Ouvido, o Exmo. Sr. Dr. Pro.

curador-Geral de Justiça foi de parecer, preliminarmente, pelo não conhecimento do pedido, por ser o mesmo flagrantemente inoportuno. No mérito, foi pela concessão da medida. E o relatório.

Vamos de início enfrentar a questão da tempestividade da pretensão mandamental. Datada de 2 de janeiro do ano em curso, baseou-se a inicial no despacho denegatório, de cujo teor teve conhecimento o impetrante em 5 de dezembro de 1967, antes portanto, como frisa, de ter esgotado o prazo de 120 dias para a respectiva súplica.

As apostilas, atos tidos como impugnados, foram expedidas em 19 de janeiro de 1962, de 19 de setembro de 1963, 9 de março e 23 de dezembro de 1964, e, por último, em 28 de novembro de 1967, esta como implícita no pedido inicial (item III), porque a segurança reclamada se funda no ato denegatório de 21 de junho de 1967 (doc. fls. 21).

Levando-se em conta, pois, que a lesão do direito do impetrante se efetuou depois de esgotados todos os meios administrativos, não haveria nenhuma dúvida para o conhecimento da medida reclamada.

Ora, o impetrante usou amplamente do remédio administrativo só recorrendo à via judicial depois do último indeferimento. Para argumentar, levantemos com respeito à primeira manifestação negatória sôbre o reajuste dos trinta por cento (30%), quando da apostila expedida em 19 de janeiro de 1962.

Há quem entenda que daí é que começa a fluir o prazo para o mandado, porque a primeira inserção do benefício na apostila é que veio configurar a lesão do direito do impetrante.

No que tange a esta parte não temos dúvida que existe a possibilidade da cisão do pedido inicial, para conhecimento da segurança com relação à última apostila, data de 28 de novembro de 1967, considerada como violadora também dos direitos do impetrante. Testaria a êste, se assim fôsse deferido o direito de recorrer às vias judiciais ordinárias para o respectivo reparo de outras alterações de vencimentos.

Todavia, o nosso entendimento é bem diverso do que ficou exposto linhas atrás, aliás com apoio na **jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos.**

Como sabemos, os atos correspondentes a reajustamento de vencimentos são feitos mediante apostilas da Secretaria da Administração —e se repetem em cada alteração de vencimentos do funcionário, ativo ou inativo, independentemente de qualquer requerimento da parte.

Assim sendo, havendo ilegalidade na expedição dessas apostilas jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

Destarte é que não depende de requerimento seu, o que vem configurar um verdadeiro ato omissivo da autoridade apontada como coatora. Daí porque o pedido deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, a espécie não oferece dificuldade, desde que caso idêntico já foi decidido por êste Tribunal. Tal como foi julgado os trinta por cento (30%) devem ser calculados sôbre os proventos reajustados e não computados apenas uma vez no ato concessório da aposentadoria.

Tôdas as vêzes em que houver aumento para o impetrante, os trinta por cento (30%) serão calculados na base do acréscimo feito.

Nessas condições, violado que foi o direito líquido e certo do impetrante, cabível é o remédio de que lançou mão e merece deferimento. Custas "ex lege".

Votaram vencidos na preliminar os exmos. srs. Desembargadores Marcelo Caetano da Costa e Renato Coêlho.

Tomaram parte no julgamento os exmos. srs. Desembargadores Jorge Salomão, Marcelo Caetano da Costa, Romeu Pires de Campos Barros, Clenon de Barros Loiola, Renato Coêlho, Geraldo Magela, Hamilton de Barros Velasco Geraldo Bonfim de Freitas, Paranaíba Pirapitinga Santana e Everardo de Souza.

Goiânia, 8 de maio de 1968.

(as) Manoel Amorim Félix de Sousa, Presidente. Fausto Xavier de Rezende, Relator. Marcelo Caetano da Costa, vencido com o seguinte voto:

"O prazo de 120 dias fixado em lei para propositura do mandado de segurança, visa, segundo o melhor entendimento, à forma processual e e não à relação jurídica substancial.

Daí ter a doutrina, com muito acêrto e procedência, considerado tal prazo como de **decadência**, e não de prescrição, insuscetível, portanto de interrupção ou suspensão. "No entanto, tem havido séria divergência no que diz respeito à fixação do **dies a quo**, especialmente quando haja pedido de reconsideração do ato impugnado.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, firmou que o pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança (SÚMULA n.º 430).

Também decidiu aquêle Pretório Excelso que, em se tratando de atos administrativos de **execução autônoma e sucessiva,** reabre-se, a cada ato, o prazo do art. 18 da L. 1.533, de 1951, **ut** se vê da R. T. J. vo. 40/152.

No caso vertente, como se vê do venerando acórdão supra a douta maioria entende que se há ilegalidade na expedição de apostilas, jamais caducará o prazo da ação mandamental, por serem consideradas as últimas como subsequentes das primeiras.

E, foi aí que entramos em divergência com a douta maioria, pois se não há execução autônoma e sucessiva, não se reabrirá o prazo para o mandado de segurança.

A autonomia da execução é indispensável, pois só assim teremos uma nova coação ou ilegalidade, ensejando a reabertura de nôvo prazo.

Segundo o nosso entendimento, na hipótese, a ilegalidade foi uma só, isto é, o primeiro ato que concedeu —e fixou os 30%, declarando-os irreajustáveis. Não houve reiteração da ilegalidade, autônoma e sucessiva de molde a constituir um ato coativo **reiterado,** constante, sucessivo, renovado periòdicamente. Ao contrário, tudo gira em tôrno da decisão concessiva da percentagem, a qual é datada de 6 de dezembro de 1961.

O impetrante foi aposentado no cargo de Tesoureiro A. F. ..... 2.1.16-7, integrante do Quadro Único do Funcionalismo do Estado, conforme despacho do exmo. sr. Governador do Estado, publicado no Diário Oficial de 19 de maio de 1959 (fls 9).

Posteriormente foi sancionada a L. 2.588, de 23/9/1959 que, no art. 2.º mandou aumentar de 30% os proventos de certos aposentados, benefício êsse que pela L. 2.779 de ..... 11/11/1959 teve efeito retroativo.

Em consequência, o impetrante obteve através de decreto do Poder Executivo, datado de 6 de dezembro de 1961, publicado no D. O. de 28 do mesmo mês e ano, os benefícios do aumento de 30% sôbre os proventos da aposentadoria (fls. 10). Em 9 de março de 1964 o impetrante teve seus vencimentos reajustados e fixados em Cr$ 4.696,60, a percentagem de 30%, baseada, diz a apostila, em decisão dêste Tribunal de Justiça, em acórdãos de 12 de junho e 9 de outubro de 1963, acrescentando aquela apostila ser irreajustável o aumento de 30%.

Ora, daí por diante tôdas as vêzes em que era feito um reajustamento nos proventos da aposentado-

ria do impetrante, aquela parcela, em virtude da decisão anterior, era somada invariàvelmente, obedecendo ao que fôra fixado (v. apostilas de fls. 14 e 15).

Como se vê, não se trata de ato de coação, renovado periòdicamente e de execução autônoma. Pelo contrário, houve um ato inicial, gerador de um direito e que, sem interrupções, continuou produzindo seus efeitos.

Se tôdas as vêzes em que se fizesse o reajustamento de proventos da aposentadoria, a fixação do aumento de 30% fôsse apreciada e novamente fixada, poder-se-ia admitir, então, a renovação periódica, autônoma, sucessiva da ilegalidade. Se esta houve, teve sua fonte geradora na data em que se fixou o aumento de 30%, **irreajustáveis**, isto é, na apostila de fls. 13, datada de 9 de março de 1964.

Não houve renovação periódica, sendo o ato um só e não atos sucessivos e autônomos. Daí por diante tudo o mais que foi praticado se fêz em consequência e obediência daquela decisão, razão pela qual com a devida vênia, ousamos divergir da douta maioria, a fim de concluir pela intempestividade do mandado de segurança.

ILEGITIMIDADE **AD CAUSAM**

A ilegitimidade ad causam **pode ser reexaminada na instância** ad quem, **vez que o despacho saneador não faz coisa julgada em relação a ela. Não se conhece da apelação se o terceiro interveniente é parte ilegítima.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4317

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação Cível número quatro mil trezentos e dezessete ... (4.317), da comarca de Anicuns, em que figura como apelante Edmundo José Siqueira e apelado Aristides Rodrigues Naves.

ACORDA a Quarta Turma da Primeira Câmara, do Tribunal de Justiça, dêste Estado, sem divergência de votos, **preliminarmente,** não conhecer do apêlo, por ilegitimidade de parte. Custas pelo apelante.

E assim se decide porque falta ao apelante qualidade para figurar como parte neste processo. O apelante é parte ilegítima na presente relação processual. Estranho a ela não podia tê-la contestado por ilegitimidade **ad causam,** que pode ser apreciada em qualquer instância, inda mesmo quando tenha passado desapercebida ao despacho saneador.

A figura do **terceiro** aparece dentro do processo sob as formas da **"oposição"**, da assistência autônoma, qualificada ou litisconsorcial, ou dos "embargos de terceiro".

A intervenção a que se refere o art. 93 não socorre ao apelante, porquanto, aquela hipótese exige que o terceiro se apresente como **titular** de uma relação jurídica **idêntica** ou **dependendo** da relação jurídica deduzida em **juízo**, ou seja de uma relação jurídica **contra o adversário do assistido**, e que será **normada** pela sentença. A finalidade da assistencia, em tal caso, é evidente impedir que a sentença **que vai normar** a relação jurídica de que êste participe, lhe estenda os efeitos. Ora, no caso em apreço, a sentença que fôsse proferida contra o réu, jamais produziria qualquer efeito extensivo contra o pretenso terceiro interveniente. Trata-se de uma ação executiva cambial movida contra o avalista, responsável solidário e autônomo na dívida e para quem a **"causa debendi"** nenhum efeito produz. A responsabilidade autônoma do avalista, em aval sucessivo, desvincula-o, por inteiro, da pessoa e da responsabilidade do aceitante.

Não ocorre, então, aquêles dois requisitos, mencionados por **Lopes da Costa,** a saber: a) — relação jurídica entre o interveniente e o adversário do assistido; b) — e que essa relação há de ser normada pela sentença.

Daí se concluir fàcilmente da ilegitimidade absoluta do apelante na relação processual em tela, faltando-lhe por isso capacidade processual para recorrer, razão pela qual seu apêlo não pode ser conhecido.

Goiânia doze (12) de setembro

(9) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966). Hamilton de Barros Vellasco, Presidente e Revisor. Marcelo Caetano da Costa, Relator. Antônio Diurivê Ramos Jubé.

RELATÓRIO

Na comarca de Anicuns, neste Estado, Aristides Rodrigues Naves propôs contra o espólio de Sebastião Dias da Cunha, representado pela viúva inventariante Marieta Francisca da Cunha, a presente ação executiva cambial, por uma nota promissória vencida em dezessete (17) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e sete (1957), da quantia de Cr$ 169,400 (cento e sessenta e nove mil e quatrocentos cruzeiros), avalizada pelo réu e aceita por Edmundo José de Siqueira, pedindo pagamento do principal, juros de mora do pacto adjeto, multa de 10% (dez por cento) e condenação complementar de custas e despesas processuais. Feita a citação (fls. (7) sete e (v) (verso) com hora certa, o autor pediu a citação da ré, por edital, em virtude de dúvida quanto à legitimidade da citação com hora certa (fls. (12) doze), ao mesmo tempo em que pedia a prorrogação de prazo, para os fins previstos no artigo 166, § 2.º do Código de Processo Civil.

O MM. Juiz a quo (fls. (13) treze) deferiu o pedido, dando por interrompida a prescrição, marcando o prazo para a publicação do edital.

A viúva inventariante compareceu, posteriormente, a juízo, e indicou bens à penhora situados no município de Mossâmedes (fls. (19) dezenove). A penhora se fêz precatória, com os acréscimos reclamados pelo autor (fls. (22) vinte e dois) e (v) verso e (23) vinte e três a (38) trinta e oito).

Como não fôra intimada a ré sôbre a penhora, o MM. Juiz mandou que se fizesse tal intimação ao procurador constituído fls. (39) trinta e nove). Nesse interregno comparece Edmundo José de Siqueira, aceitante da nota promissória em execução e contesta a ação (fls. (40) quarenta e (43) quarenta e três).

Não houve contestação do espólio réu. Proferido o despacho Saneador, transitou, exceto na parte em que indeferiu o pedido de expedição de precatória para inquirição de testemunhas fora da terra, do que houve agravo no auto do processo (fls. (94v.) quarenta e nove verso, (151) cincoenta e um e (52) cincoenta e dois). Realizada a instrução e julgamento, a ação foi julgada procedente e condenada a ré ao pagamento de honorários de advogado, mora e custas (fls. (56) cincoenta e xados em 20% (vinte por cento), multa de 10% (dez por cento), juros de seis). Inconformado, Edmundo José de Siqueira apela da decisão, propugnando, preliminarmente, a anulação do processo, a partir do despacho saneador com o provimento do agravo no auto do processo (fls. (57) cincoenta e sete) e, quanto ao mérito pleiteia a reforma da decisão apelada.

Recebida a apelação apenas no efeito devolutivo (fls. (59) cincoenta e nove) e, com a razão do apelado, subiram os autos a esta Instância **ad quem**, onde se procurou ouvir a douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se escusou a dar parecer, sob o fundamento de inexistência justificativa para sua intervenção no processo.

É o relatório, com o qual faço passagem ao meu ilustre e provecto revisor.

Goiânia, vinte e dois (22) de agôsto (8) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966).

Marcelo Caetano da Costa, Relator.

INEXISTÊNCIA DE JORNAL — INTIMAÇÃO POR CARTA REGISTRADA — CONVALESCIMENTO

— Desde que a parte, seu representante legal, ou procurador, não sendo revel, esteja fora da jurisdição do juiz, a intimação, se não houver jornal encarregado das publicações oficiais, será feita por carta registrada do escrivão, com aviso de recebimento, ou edital afixado na sede do juízo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.522 — Anicuns

Relator: Desor. Everardo de Souza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 4.522 (quatro mil quinhentos e vinte e dois), da comarca de Anicuns, em que é apelante João Martins Costa, sendo apelados José Francisco Filho e outros.

Infere-se dos autos que a investigatória de paternidade, julgada procedente, em primeira instância, foi contestada por João Martins Costa, ora apelante, e que o douto juiz **a quo**, ao ensejo da atividade de saneamento, considerou legítimas as partes **ad processum e ad causam**, ao mesmo tempo que ordenou a citação do órgão do Ministério Público, a fim de integrar a lide, dada a existência de interêsse de incapazes, e designou a data de 18 de junho de 1964 (dezoito de julho de hum mil novecentos e sessenta e quatro), para a realização da audiência de instrução e julgamento, com ciência das partes interessadas. Mas, lamentàvelmente, não foi o apelante intimado do despacho saneador, só o tendo sido para a audiência de instrução e julgamento e, assim mesmo, através da via telegráfica vale dizer, de forma irregular, não conforme o estilo ordinário. Como resultado disso, deixou êle de comparecer àquela audiência, de cuja realização, segundo alega, não teve conhecimento, senão por intermédio de terceiros, ficando, daí, cerceado em seu direito de produzir provas e de debater, oralmente, a causa.

Desde que a parte, seu representante, ou procurador, não sendo revel, esteja fora da jurisdição do juiz, a intimação, se não houver jornal encarregado das publicações oficiais, será feita por carta registrada do escrivão, com aviso de recebimento, ou edital afixado na sede do juízo. Assim dispõe a lei, ou seja, o Código de Processo Civil (art. 168, § 2.º), em têrmos límpidos e indubitativos.

De tal arte, não pode convalescer ou ser considerada válida uma intimação feita de outro modo, como ocorreu no caso dos autos, tanto mais quanto o advogado do apelante tem endereço conhecido e afirma não ter recebido intimação alguma. A intimação por carta não se faz por simples formalidade, não constitui forma de intimação presumida, mas real. E a prova de que foi feita é a juntada dos autos do recibo de entrega da carta. Inexistindo essa prova, não há como

deixar de aceitar a palavra do advogado.

Êsse o ponto-de-vista dominante na jurisprudência dos Tributais (**Apud** Dimas R. de Almeida, "Jurisprudência de Processo Civil", vol. I, pág. 321/322 (trezentos e vinte e hum e trezentos e vinte e dois).

Ao teor do expendido:

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, pela Segunda Turma Julgadora de sua Segunda Câmara, por votação unânime, nos têrmos do parecer da ilustrada Procuradoria Geral do Estado, neste integrado o relatório de fls. 75 (setenta e cinco), conhecer da apelação, tempestiva e legalmente exercitada, e lhe dar provimento, para, cassando a sentença apelada, anular o processo desde o despacho saneador, exclusive.

Custas pelos apelados.

Goiânia, 25 de fevereiro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Everardo de Souza
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Jorge Salomão

Relatório — Como relatório adoto o da sentença de primeira instância, visto às fôlhas 49 (quarenta e nove) e cinquenta (50), competindo-me acrescentar, para completá-lo, que, julgada procedente a ação de investigação de paternidade, que declarou os autores, relacionados na inicial, como filhos naturais de José Francisco de Paula, com a condenação dos réus Jacinta Maria de Jesus e João M. Costa ao pagamento, além das custas em proporção, de honorários advocatícios na base de 15% (quinze por cento) sôbre o valor da causa, não se deram por conformados os vencidos que interpuseram, em tempo hábil, o presente recurso de apelação em que, preliminarmente, porfiam a anulação do feito, à alegativa de inépcia da petição de entrada, de falta de citação do órgão do Ministério Público e de intimação do procurador do apelante João Martins Costa do despacho saneador e para a audiência de instrução e julgamento, que se realizou, sem a sua presença.

Com as contra-razões da parte vencedora, foram os autos remetidos a êste juízo e colegiado, onde, dando parecer, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça concluiu pelo provimento do recurso para anulação do processo a partir do despacho saneador, inclusive. Tal o relatório, com que passo os autos ao meu ilustre revisor na turma julgadora.

Goiânia, 5 de novembro de 1965 (cinco de novembro de hum mil novecentos e sessenta e cinco).

Everardo de Souza
Relator

LEI MUNICIPAL — INCONSTITUCIONALIDADE — ANISTIA FISCAL

— **A lei municipal não pode contrariar a Lei Maior e nem pode ofender os princípios constantes na norma jurídica e hierárquica superior e nem se exceder da competência reconhecida ao órgão de que emana.**

— **Não importa, na verificação da inconstitucionalidade de uma lei, os motivos que a determinam, ou os aspectos que orientaram a sua elaboração.**

— **O município, titular de um crédito, seja originário de impôsto ou de alcance, tendo capacidade jurídica para renunciar direitos, pode exercer e praticar atos de anistia fiscal.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.501

Relator: Desor. Manoel Amorim Félix de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível **ex officio** e voluntária n.º 4.501, de Natividade, sendo 1.º apelante o Dr. Juiz de Direito e 2.ºs, outros: A. V. S. e outros, amparados no que dispõe o § 38.º do art. 141, da Constituição Federal, e mais o contido nos incisos II, III e IV, do art. 145, do Código Civil, propuseram contra a Câmara e a Prefeitura Municipal de Natividade, ação de nulidade de uma lei, alegando ter a requerida Prefeitura movimentado ação executiva contra Q. P. C., para o recebimento de quantia correspondente a um alcance nas finanças municipais, quando êsse cidadão exercera o cargo de Prefeito Mun'cipal de Natividade. Suspensa a penhora, do despacho surgiu agravo, conhecido pelo Tribunal de Justiça, determinando o prosseguimento da ação.

Na época, contudo, o Prefeito Municipal era um genro de Q. P. C.

Arquitetada foi uma lei, sob a denominação de Lei Liberatória n.º 1/63, liberando a dívida.

A tramitação realizou-se à revelia do Regimento Interno e, nem ainda sancionado, o projeto foi promulgado.

O Presidente da Câmara ajuizou petição, já no exercício do cargo de Prefeito Municipal, pedindo, tendo por base a lei em questão, a homologação da desistência da ação executiva, alcançando deferimento.

Todos êsse atos são lesivos ao Patrimônio Municipal, razão determinante de sua nulidade.

E, mais, o projeto da Lei Liberatória foi encaminhado contra disposições da Lei Orgânica e do Regimento Interno da Câmara Municipal de Natividade.

Os requeridos ajuizaram petição, alegando coisa julgada, tendo em vista a homologação da desistência da ação executiva.

A ação recebeu decisão favorável aos autores, interpondo o ilustre julgador recurso oficial.

Ao mesmo tempo, apelaram os vencidos.

Nesta Instância, ouvida a nobre Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos, levantando, no entanto, preliminar de ordem pública, a saber: — versando a ação a inconstitucionalidade da lei municipal, deve o feito ser apreciado pelo Tribunal Pleno, segundo ordenamento constitucional.

Reconhece a certeza da sentença, profligando a existência de coisa julgada e, quanto ao mérito, desprovido o recurso necessário, deve ser declarado prejudicado o voluntário.

A Câmara Isolada, para a qual fôra o feito distribuído, conhecendo da preliminar da Procuradoria-Geral de Justiça declinou de sua competência, encaminhando os autos ao Tribunal Pleno, para decidi-los.

É o relatório.

O prisma da inconstitucionalidade da lei, surgido nos presentes autos, foi focado pela nobre Procuradoria-Geral de Justiça, ao entender que o caso retratado nos recursos além do conteúdo de ilegalidade, conduz em si emanações de inconstitucionalidade.

Analisando-o, declara "ser ilegal e inconstitucional a lei em foco".

O fundamento jurídico da ação reside no § 39, do art. 141, da Constituição Federal, gerado da "ação popular".

A sentença foi proferida em data de 11 de fevereiro de 1965, destarte, quando ainda não vigorava a Lei n.º 4.717, de 29 de junho daquele ano, reguladora dessa espécie de ação, e, por conseguinte, incompatível, à data dos recursos, o disposto em seu artigo dezenove, que manda o juiz, quando concluir pela improcedência ou pela carência da ação, recorrer obrigatòriamente da decisão, fixando que, ultimada a ação pela declaração de sua procedência, caiba da sentença apelação voluntária, com efeito suspensivo.

Ré na ação foi a Prefeitura Municipal de Natividade, donde a motivação para o conhecimento da ação julgada procedente, juntamente com o conhecimento do recurso voluntário.

Ainda mais, em todo o curso da ação vislumbra-se a coloração do caráter de inconstitucionalidade emprestado à lei municipal e, embora a ação popular não vise a êsse fim, tendo por mira a anulação ou declaração de atos lesivos ao patrimônio público, colocada a questão "sub judice" sob total aspecto, é de rigor observar-se o disposto no artigo 200 da Constituição Federal.

Certo que, para a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, é de mister que ela transpareça relevante, mas, uma vez argüida, partindo-se do princípio jurídico da validade da lei, não pode deixar de ser objeto de investigação por parte de quem, segundo a Constituição, tem o dever de declará-la.

Procura-se no feito, indagar se é inconstitucional a **LEI LIBERATÓRIA N.º 1/63**, da Prefeitura Municipal de Natividade.

Nas normas das leis brasileiras vigentes, o Município é entidade político-administrativo, com govêrno próprio e autônomo, ligado ao Estado-membro por laços constitucionais indestrutíveis (Constituição Federal, art. 7.º n.º VII, letra "e", combinado com o artigo 28), sendo considerado, na ordem civil, como pessoa de direito público interno, e, como tal, dotado de capacidade plena para exercer direitos e contrair obrigações.

Segundo **LOURENÇO NETO** (Problemas Fundamentais da Organização dos Municípios), o Município "é uma unidade social fundamental que lhe emprestam condições de ser considerado base de formação econômica, moral e fonte de energia agregadora"

A Constituição Federal assegurou aos Municípios autonomia política e administrativa.

A autonomia financeira se determinou pelo artigo 29, conferindo-lhes rendas exclusivas, além da participação em alguns tributos arrecadados pela União e pelo Estado-membro.

Em consideração a essa autonomia **VICENTE CELSO QUAGLIA** proclama: "os municípios elegem livremente suas câmaras e seus prefeitos e realiza o **self-government** de acôrdo com a orientação político e administrativa de seus órgãos de govêrno. Deliberam e executam tudo quanto respeite ao seu peculiar interêsse, sem consulta ou aprovação ao govêrno federal ou estadual. Agem, dentro da esfera própria, com liberdade própria.

Decidem da conveniência ou inconveniência de tôdas as medidas de interêsse local (Fundamentos da Administração Municipal, pág. 46).

Idêntica lição de **LOPES MEIRELLES**: "Em face da Constituição vigente, que concedeu ao município ampla liberdade da organização de seu govêrno, lhe atribuiu larga capacidade tributária e lhe assegurou, impõe-se a sua conceituação como entidade político-administrativa integrante da organização dos Estados da Federação (Direito Municipal Brasileiro, vol. I, pág. 13/14.

Retornemos aos autos.

O juiz da instância monocrática não tratou especìficamente do problema da inconstitucionalidade da LEI LIBERATÓRIA N.º 1/63, contudo, ao tratar do tema das nulidades enodoantes da elaboração do ato administrativo, enquanto projeto de lei, envolveu o assunto da constitucionalidade.

No entanto, analisando-se o teor da sentença recorrida percebe-se que o julgador não deu à inconstitucionalidade a coloração necessária, para evidenciá-la, e, reconhecida na lei, declará-la.

A lei, consagrando normas de conduta há-de ser, antes e acima de tudo, conforme ao Direito.

De um modo geral, as Câmaras Municipais podem legislar ùnicamente a respeito de assuntos locais, de seu peculiar interêsse, a fim de que não invadam a competência federal ou estadual.

A lei municipal não pode, é óbvio, contrariar a Lei Maior, não podendo, outrossim, ofender os princípios constantes de norma jurídica de hierarquia superior e de ordens da competência reconhecida ao órgão de que emana.

Infringindo a Constituição, a Câmara fará leis inconstitucionois; infringindo normas superiores ordinárias, fará leis ilegais.

Em ambos os casos, as leis são inoperantes.

A palavra eterna de RUY: "O princípio é que leis inconstitucionais não são leis. O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A êste cabe a supremacia; se o ato legislativo contradiz, írrito será. Não é lei. Um ato inconstitucional não é lei; não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É jurìdicamente considerado, como se nunca tivesse existido ("Atos Inconstitucionais, pág. 37).

Uma das atribuições constitucionais outorgadas ao Município é o de deliberar e decidir sôbre o seu patrimônio.

É um peculiar interêsse seu.

No caso em exame, a Lei Liberatória versa a respeito de tema da pura economia patrimonial do muni-

cípio de Natividade e, nela, nada há que venha em contradição às regras constitucionais vigentes e, nem mesmo, em divórcio com a LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS, inspiradora dos princípios imperantes na administração municipal.

Pouco importa, na verificação da inconstitucionalidade de uma lei, os diversos aspectos que orientaram a sua elaboração, até final promulgação.

Pode ter sido elaborada imperfeitamente, segundo a observância de ritos típicos; contudo, êsse defeito, não exclui o fato da emanação da restrita função legislativa da Câmara Municipal de Natividade e em decorrência de competência legal.

Porque, ao dar a Constituição aos municípios direitos amplos de tributar, de exercer autonomia em assuntos de ordem econômico-financeira, atribuiu-lhe, ao par dos direitos de imunidade e de isenção tributária, o poder anistiante, nos limites e condições em que é concedida.

Anistia fiscal é renúncia de direito e tributos vencidos.

É perdão de créditos sejam quais forem as suas origens.

A Lei Liberatória, analisados os seus motivos, nada mais retrata que uma anistia fiscal, da qual a Prefeitura Municipal poderia ser o agente ativo, já que titular do crédito liberado.

É da competência da Câmara Municipal votar leis e resoluções do interêsse do município (art. 102, inciso I, da Constituição Estadual), e a nossa Lei Maior Estadual atribui a regulamentação da organização municipal à LEI ORGÂNICA DOS MUNICÍPIOS (art. 94).

É da competência do Município, di-lo o citado corpo de normas administrativas, prover a tudo quanto respeite ao seu peculiar interêsse e especialmente, conceder, entre outros favores e benefícios, moratória e anistia aos devedores seus (artigo 22, número 27, da Lei Orgânica dos Municípios).

Em face do alegado:

ACORDAM as Egrégias Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado, conhecer, por maioria de votos da apelação **ex officio** e lhe dar provimento, para julgar a ação improcedente. ficando prejudicada a apelação voluntária.

Votou vencido o Exmo. Sr. Desor. Marcelo Caetano da Costa, que entendia serem os recursos da competência da Câmara Isolada.

Custas pelos apelados.

Goiânia, 19 de outubro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana, Presidente

Manoel Amorim Félix de Sousa
Relator

Fausto Xavier de Rezende
Jorge Salomão

Marcelo Caetano da Costa, vencido com o voto que se vê transcrito:
transcrito:

Geraldo Bonfim de Freitas

MANUTENÇÃO DE POSSE **INITIO LITIS** — PROVA DOS REQUISITOS — IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO

— Se os litigantes não disputam a posse a título único de proprietários, o pleito possessório, por êsse prisma, exclusivamente, deve ser apreciado e julgado.
— Dá-se a improcedência da ação de manutenção de posse, se o autor não faz prova desenganada de todos os requisitos compendiados no art. 371 do Código de Processo Civil.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.474

Relator: Desor. Everardo de Sousa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 4.474, da comarca de Niquelândia, em que é apelante A. C. C., sendo apelada a C. N. T.

No Juízo de Direito da comarca de Niquelândia, a C. N. T., dizendo-se legítima possuidora dos imóveis "Sapateiro", "Ouro Fino" e "Dongá", localizados naquele município, movimentou, em desproveito de A. C. C., a presente demanda, por via da qual pretende ser manutenida na posse dos ditos imóveis, sob o pretexto de que a ré, subreptìciamente, os invadiu, nêles praticando derrubadas de madeira de lei, fazendo picadas e levantando cêrcas de arame.

Concedida, pelos despachos de fls. 123/124. a manutenção **initio litis**, requerida pela autora, contestou a ré a ação, alegando se achar na posse mansa e pacífica da faixa de terras em litígio. com fundamento em título hábil de domínio, que lhe foi outorgado pelo Estado de Goiás.

Mal instruída a causa, que seguiu os seus têrmos, foi proferida, ao cabo de contas, a sentença de fls. 146/170, pela qual o seu prolator deslindou a perlenga, pendendo pelo acolhimento do pedido, deduzido na inaugural de fls. 3/9.

Irresignado com êsse desfêcho, apelou a sucumbente, pleiteando a reforma do decisório, para o efeito de a ação ser julgada imprópria, ou improcedente.

Na verdade, e como será mostrado, não foi feliz o magistrado **a quo** ao demonstrar a pendência da maneira que o fêz.

Segundo dispõe o artigo 499 do Código Civil, "o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e restituído no de esbulho".

Na mesma esteira da lei substantiva, estabelece, por sua vez, o Código de Processo Civil que, "se a turbação ou violência datar de menos de ano e dia, o autor poderá requerer mandado de manutenção ou de reintegração **initio litis**..." (art. 371)

Como disse muito bem BENEDICTO BARROS, "os requisitos da propositura da ação de manutenção são os mesmos determinados para a de reintegração de posse: a) — prova de posse; b) — prova da turbação; c) — data da turbação ou violência; d) — prova de que a posse continua com o Autor, embora turbada.

Positivando o ato de violência contra o possuidor do imóvel, impõe-se a sua manutenção na área turbada, sem qualquer indagação sôbre o domínio ("Princípios de Direito Processual Civil", pág. 218).

Assim, sendo o pleito possessório, por êsse prisma, exclusivamente, deve ser apreciado e julgado.

Aliás, ressai dos autos que os litigantes não disputam a posse a título único de proprietários.

Consequentemente, a demanda não merecia desatada, com prioridade como o foi, no juízo monocrático, pelo aspecto dominial.

Certo é que, no processo, não conseguiu a apelada provar, satisfatòriamente, sequer, a posse que alega exercer, desde as eras recuadas de 1880, sôbre o terreno em questão.

De fato, a prova que produziu, ao propósito, é fragílima e inconveniente, eis que embasada, às inteiras, em depoimentos de testemunhas que não puderam ao menos localizar a posse, sôbre o que incide a turbação, de que se queixa a apelada.

A prova documental, também, não favorece a intenção da apelada, dada a impressão dos seus títulos de domínio, nos quais as divisas descritas não estão assinaladas por marcos e tapumes, tanto mais que, à vista dêsses títulos, não se procedeu, como se fazia de mister, a uma vistoria no imóvel, para verificação da situação de fato.

Destarte, mostra-se de todo improcedente a ação de manutenção de posse, cogitada nos autos, à míngua de prova desenganada dos requisitos compendiados no artigo 371 do Código de Processo Civil.

Em razão do expendido:

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime dos desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora de sua Segunda Câmara, adindo a êste o relatório de fls. 198, conhecer do recurso e lhe dar provimento, para reformar a sentença apelada e julgar a ação improcedente.

Custas pela apelada.

Goiânia, 4 de março de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Everardo de Sousa
Relator

Fausto Xavier de Rezende

Tomou parte no julgamento, o Exmo. Sr. Desor. Jorge Salomão.

Fui presente:
Romeu Pires de Campos Barros

OFICIAL DE JUSTIÇA INTERINO — ESTABILIDADE — CONCURSO

— **"A nomeação interina de Oficial de Justiça do quadro dos funcionários da Justiça não dá direito à estabilidade, ainda que exercido o cargo por mais de cinco anos consecutivos. É provimento vitalício mediante concurso. Impetração conhecida e denegada".**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. de Seg. n.º 313

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados oralmente e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 313, da comarca de Santa Cruz de Goiás, em que é impetrante P. S. e é requerido o Estado de Goiás.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado, por votação uniforme dos desembargadores integrantes de suas Câmaras Reunidas, na conformidade com o parecer emitido pelo ilustre Delegado da Procuradoria-Geral de Justiça, conhecer da segurança e denegá-la. Custas, pelo requerente, ex vi legis.

P. S., via da ação de mandado de segurança intentada perante êste Egrégio Tribunal, pretende sua reintegração no cargo de oficial de justiça da comarca de Santa Cruz de Goiás, que vinha ocupando, interinamente, há mais de dezessete anos, do qual foi demitido, sumàriamente, por ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás, publicado no Diário Oficial, de 30 de março de 1966; que, sendo líquido e certo o seu direito à reintegração no mencionado cargo, espera o deferimento da impetração.

A autoridade administrativa, averbada de coatora prestou as informações, no prazo regular, repelindo a pretensão do requerente.

Em seu parecer, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça, por seu ilustre Delegado, opinou pelo conhecimento e indeferimento do pedido.

Isto pôsto: como se sabe, o cargo de Oficial de Justiça é de provimento vitalício. Constitui serventia de justiça, prevista na lei de organização judiciária.

É verdade que o requerente vinha exercendo as funções do cargo há mais de dezessete (17) anos, ininterruptamente.

Mas, mesmo assim, não adquiriu êle a vitalicidade, o que só poderia ter sido feito mediante sua aprovação em concurso.

Portanto, se a vitalicidade sòmente se adquire por meio de concurso de títulos e provas, consoante exige o Código Judiciário do Estado, o exercício do cargo em caráter precário, ainda que por longo tempo, não con-

fere direito algum à estabilidade no mesmo.

Esta Casa já teve ensejo de proclamar que o decurso do tempo nenhuma influência tem como fonte geradora de direitos, para fins de estabilidade em cargo de provimento vitalício.

A lei de organização judiciária do Estado de Goiás inclui o cargo de Oficial de Justiça no rol dos Serventuários de Justiça.

Portanto, em se tratando de ofício de justiça, jamais poderá ser provido por outra forma que não seja por meio de concurso (art. 186, da Constituição Federal e art. 62, da Constituição Estadual).

De notar, pois, que o requerente não tem direito líquido e certo amparável por meio do **writ-of-mandamus.**

Daí porque a situação jurídica do requerente era de instabilidade no cargo, vale dizer, no ofício de justiça, do qual podia ser demitido **ad nutum**, isto é, independentemente de formalidades processuais, de acôrdo com a conveniência e as necessidades do serviço.

A autoridade administrativa, no caso o Exmo. Sr. Governador do Estado de Goiás, averbada de coatora, exerceu, **in specie juris**, o poder de natureza discricionária da pública administração. Agiu discricionàriamente, funcionando como único juiz da conveniência e da oportunidade da prática do ato. Podia fazê-lo porque tinha liberdade de tomar tal decisão em exonerando o requerente, ocupante interino de cargo de provimento mediante concurso.

O requerente não adquiriu direito de ser mantido ou reintegrado no cargo que ocupava, em caráter precário.

Ora, a ação mandamental visa à proteção do direito cuja certeza e liquidez sejam manifestas e que resistam a uma contestação não infundada.

A pretensão do requerente não é amparável via da ação de segurança.

Goiânia, 30 de novembro de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente

Jorge Salomão
Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco

Geraldo Bonfim de Freitas

Everardo de Souza

Fausto Xavier de Resende
Fui presente:

Arinam de Loyola Fleury
Procurador-Geral de Justiça

OFÍCIO DE JUSTIÇA — VITALICIEDADE — HABILITAÇÃO EM CONCURSO — CAPACIDADE POSTULATÓRIA

— **"Preliminar de nulidade rejeitada, desde que não prescrita em lei. A violação de forma vinculada traz como consequência a nulidade insanável do ato. E isto ocorre quando violada determinada forma que tenha sido prescrita com a cominação de nulidade.** De meritis: **não havendo direito líquido e certo, amparável por meio do** writ of mandamus, **denega-se a impetração. Interpretação jurisprudencial ao texto do art. 266 do Código Judiciário do Estado"**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mand. Seg. n.º 283

Relator: Desor. Jorge Salomão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados oralmente e discutidos êstes autos de mandado de segurança n.º 283, do têrmo judiciário de Montes Claros de Goiás, comarca de Iporá, sendo requerente A. C. O. e requerido o Estado de Goiás.

Acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, desprezando a preliminar argüida, conhecer do mandado e o indeferir.

Custas, pelo requerente, **ex-lege**.

O requerente A. C. O., em petição subscrita pelo saudoso advogado Dr. Zecchi Abrahão, com fulcro no art. 141 § 24, da Carta Magna, e 319 e seguintes, do C. P. Civil, combinados com a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, impetrou mandado de segurança contra o Estado de Goiás, para que fôsse provido, vitalíciamente, no ofício de primeiro tabelião do público, judicial e notas do têrmo de Montes Claros de Goiás, comarca de Iporá, alegando que vem ocupando interinamente, êsse cargo, por fôrça de decreto de 17 de setembro de 1964, baixado pelo Sr. Governador do Estado; que, aberto o concurso para o preenchimento vitalício do cargo, foram aprovados o requerente, sagrando-se vencedor, com o grau um inteiro e cinco décimos (1.5), e N. L. O., que foi classificado, em segundo lugar, no concurso, com a nota um inteiro e oito centésimos (1,08); que êste último, o requerente e L. C. C. habilitaram-se, anteriormente, ao provimento do cargo de primeiro tabelião do público judicial e notas do têrmo de Mambaí, comarca de Posse, em cujo concurso foram aprovados, classificando-se N. L. O. em último lugar; que, no entanto, para o preenchimento do cargo em Montes Claros de Goiás, foi nomeado, em caráter vitalício, N. L O., por decreto de 5 de fevereiro de 1965; que o art. 266 e seu § único, do C. Judiciário do Estado, socorrem o requerente, por isso que o requerente tem preferência na nomeação em igualdade de condições, e por sua condição de candidato habilitado; que além do mais, vêm ao amparo do re-

querente as normas dos preceitos citados em harmonia com os arts. 248 e §, 249 e 239, do C. Judiciário do Estado, e os costumes, as praxes constitucionais e os princípios de eqüidade; que, no concurso realizado perante o Egrégio Tribunal de Justiça, a lei de organização judiciária não exige a organização de lista tríplice dos candidatos aprovados, para a escolha a ser feita pelo Poder nomeante, não tendo aplicação ao caso o artigo 248, do C. Judiciário; que o ato impugnado não pode prevalecer, porque violou situação jurídica definida do requerente impondo-se, afinal, a concessão do mandado.

O **petitum** está instruído com os docs. de fls. 7 **usque** 11.

Em suas informações, o Exmo. Sr. Governador do Estado levanta a preliminar de nulidade do processo **ab initio**, sob o argumento de que o dr. Zecchi Abrahão não podia subscrever a petição inicial do **mandamus**, em face do disposto no art. 85, n.º VI, da Lei Federal n.º 4.215, de 27/4/1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), uma vez que o Dr. Zecchi Abrahão aposentou-se, no Estado, no cargo de Consultor Jurídico, em 14/05/1964, há menos de dois anos da data em que subscreveu o líbelo inicial, contrariando de frente, o preceito do art. 86 do citado Estatuto, de sorte que o processo é manifestamente nulo, impondo-se a absolvição de instância. No mérito, fêz ver a inexistência de direito líquido e certo em prol do requerente, por isso que o poder executivo é o único juízo da conveniência do provimento ou não do cargo público, por se tratar de ato discriminatório, segundo a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, calcada em norma constitucional.

As informações vieram instruídas com o doc. de fls. 21.

Em seu parecer, a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, por seu culto Delegado, reiterou a preliminar argüida pela autoridade averbada de coatora, por entender que o saudoso dr. Zecchi Abrahão estava, realmente, impedido de postular em juízo, em face do preceito dos arts. 85 e 86 dos Estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil. No mérito, foi de parecer que se conhecesse do pedido e o indeferisse, visto como o poder nomeante tem o direito de escolha em lista tríplice, sendo inadmissível a organização de lista uninominal, quando há mais de um candidato habilitado e aprovado em concurso.

Isto pôsto: **preliminarmente**, deve ser conhecida a impetração, postulada no prazo regular.

Desde que o nôvo patrono do impetrante trouxe para os autos a outorga do mandato de fls. 30, ratificando todos os atos praticados pelo saudoso Dr. Zecchi Abrahão, há de se considerar sanada a nulidade processual apontada não só pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, como também pelo ilustrado Delegado da Procuradoria-Geral de Justiça.

Realmente, ficou demonstrado, à evidência, que o Dr. Zecchi Abrahão, ao tempo em que firmou o petitório inicial, já se achava aposentado no cargo de Consultor Jurídico do Estado. A sua aposentadoria não havia contado ainda dois anos da data da entrada da petição inicial em juízo.

É sabido que o art. 86, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, fixa a incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia, aos magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos, etc., definitivamente aposentados ou em disponibilidade, salvo se decorridos dois anos do ato que os afastou da função.

Todavia, não se pode olvidar que não se trata, no caso, de nulidade absoluta, eis que a lei não prescreve a cominação de nulidade.

Como adverte José Frederico Marques, "no art. 274, cuida o C. P. Civil da nulidade absoluta. A violação de forma vinculada traz como conseqüência a nulidade insanável do ato. E isto ocorre quando violada determinada forma que "tenha sido prescrita com a cominação de nulidade". (**in** Instituição de Direito Processual Civil — vol. II — pg. 405 — 2.ª ed.)

Portanto, não pode prosperar a preliminar argüida.

No mérito: não há direito líquido e certo, amparável por meio do **remedium juris**, no caso em exame.

O texto do art. 266, do Código Judiciário do Estado, invocado na impetração, não vem em prol do impetrante. Êste exercia, interinamente, o cargo de ofício de primeiro tabelião do público, judicial e notas do têrmo de Montes Claros de Goiás.

Aberto o concurso para seu preenchimento, a êle concorreram o impetrante e N. L. O., que foram classificados, em 1.º e 2.º lugares respectivamente. Encaminhada a lista dos dois nomes ao Exmo. Sr. Governador do Estado, a nomeação, em caráter vitalício, recaiu na pessoa do último.

Ora, o impetrante, que não era escrevente juramentado ou suboficial daquele cartório, não tinha, realmente, direito à preferência para ser nomeado, uma vez que exercia o ofício, interinamente, demissível **ad nutum**.

Portanto, para que o ato de autoridade seja, em princípio, suscetível de impugnação pelo mandado de segurança, é preciso que contenha ilegalidade ou abuso de poder.

Ilegalidade é contraposição à lei, em sentido amplo.

É o atentado de **ius scriptum**.

Reza o art. 266, **caput**, do C. Judiciário do Estado, **in verbis**: "Os Ofícios de Justiça, quando vagos ou criados, serão preenchidos pelos escreventes juramentados e suboficiais, tendo preferência, em igualdade de condições, os do respectivo cartório, desde que habilitados em concurso".

Vê-se, fàcilmente que o direito de preferência não compreende o ocupante interino do ofício, vale dizer, do cartório.

Do texto citado, conclui-se, indubidosamente, que o direito de preferência, em igualdade de condições, cabe aos escreventes e suboficiais do respectivo cartório, para sua nomeação vitalícia no cargo de primeiro tabelião, isto é, de tabelião do público judicial e notas, quando habilitados em concurso para os cargos que vêm ocupando.

Então, se o cidadão é habilitado em concurso para o cargo de escrevente juramentado ou de suboficial de determinado cartório, o direito de preferência em igualdade de condições, para o preenchimento, vitaliciamente, do ofício, lhe é assegurado pelo disposto no citado art. 266, do C. Judiciário do Estado.

Não pode prevalecer o raciocínio contido no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, no tocante à imposição da lista uninominal, quando haja mais de um candidato habilitado e aprovado em concurso, porque, no seu entender, a lista há de ser tríplice sempre que haja três candidatos aprovados, ou deverá conter dois nomes, quando dois são aprovados em concurso, só podendo ser organizada lista uninominal, quando sòmente um candidato tenha sido aprovado, não subsistindo o preceito que venha estabelecer o direito de preferência, por contrariar princípio constitucional, segundo o qual o poder nomeante tem o livre arbítrio de escolher o que melhor convier aos interêsses da pública administração.

Ora, a lei estabeleceu o direito de preferência em sentido restrito, em caso especial. Fora daí, segue a regra segundo a qual a lista deve conter os nomes dos candidatos aprovados, até três, no máximo, para que haja o direito de escolha, prerrogativa conferida à autoridade nomeante, que, no caso pode praticar o ato discricionàriamente, uma vez que a lei não o obriga a nomear o ocupante interino do cargo de escrivão, embora habilitado em concurso juntamente com outro candidato.

Portanto, o ato impugnado é de natureza daqueles que escapam à reparação por meio do **writ of mandamus**.

Por tais motivos é que se indefere a impetração.

Goiânia, 20 de abril de 1966.

Paranahyba Pirapitinga Santana — Presidente

Jorge Salomão — Relator

Marcelo Caetano da Costa

Hamilton de Barros Vellasco

Ant[illegible]io Diurivê Ramos Jubé

Gera[illegible]do Bonfim de Freitas

Everardo de Souza

Fausto Xavier de Rezende

Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros

Procurador Geral de Justiça

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO — RESPONSABILIDADE DIRENTO REGRESSIVO

— **As pessoas jurídicas de direito público é que respondem pelas consequências dos atos lesivos, danosos, que forem praticados pelos seus funcionários, quando no exercício do cargo. A matéria é de direito público. Aplica-se o artigo 194 da Constituição Federal e não o Código Civil.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 3.576

Relator: Desor. Marcelo Caetano da Costa

ACÓRDÃO

Vistos, relatados, discutidos e analisados os presentes autos de apelação cível número 3.576, da comarca de Goiânia, figurando como apelante O. S. e apelados S. B. O. e outros.

ACORDA a Quarta Turma da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça, dêste Estado, por votação unânime, conhecer do recurso tempestivo e cabível, porém, negar-lhe provimento para confirmar a decisão recorrida, que, no entanto, é retificada, a fim de julgar o autor carecedor da ação, ficando, por isso mesmo, prejudicado o agravo no auto do processo, vez que a decisão definitiva foi favorável à agravante.

Custas, pelo apelante.

E assim foi decidido porquanto os escrivães e escreventes são funcionários públicos, pertencentes ao quadro da Justiça. Obedecem a um estatuto próprio, que é o Código Judiciário.

Destarte os atos que praticam no exercício de sua função, constituem atos de representação das pessoas jurídicas de direito público, pois estas são representadas na sua vida de relação para com os cidadãos, por pessoas físicas denominadas funcionários públicos.

Sendo assim, as pessoas jurídicas de direito público serão as que hão de responder pelas consequências dos atos lesivos, danosos, que forem praticados pelos seus representantes, quando no exercício dessa representação. A matéria é de direito público e por êste regida, não se aplicando o direito privado (Código Civil), pois está expresso no artigo 194 e seu parágrafo único, da Constituição Federal.

Por êste dispositivo constitucional se vê que o sujeito passivo da ação da indenização por ato ilícito de funcionário público, no exercício da função, é o Estado e o sujeito ativo será aquele a quem o ato causou dano, quer lesando-lhe o patrimônio, quer produzindo-lhe ofensa aos direitos.

Nestas condições, há de se concluir que entre o lesado e o funcionário público não há qualquer vínculo, nenhuma relação de direito, originada pelo ato lícito.

O direito objetivo, como se sabe, tutela certas e determinadas categorias de interêsse, regulando os respectivos interêsses. É a êsses conflitos de inte-

rêsses, regulados pela lei que se dá o nome de **relação jurídica**. Nesta surgem duas pessoas, titulares dos interêsses conflitantes — o sujeito ativo, ou do interêsse protegido, que será também o do direito subjetivo, e o sujeito passivo ou do interêsse subordinado, ou da obrigação.

Se não há relação jurídica, não há que falar em ação. Ora, pelo texto constitucional, verifica-se que — relação jurídica — na hipótese do ato ilícito de funcionário público — existe entre o lesado e o Estado, e dêste contra o funcionário, através do direito regressivo, consoante disposição do parágrafo único do artigo 194 citado.

Ao autor falta, então, em relação aos réus, a titularidade necessária, cuja ausência importa em ilegitimidade **ad causam**, isto é, falta das condições da ação, que caracteriza a carência da ação. Sendo, na hipótese, o autor apelante tipicamente carecedor da ação, pois a possibilidade jurídica do pedido, isto é, uma pretensão, que em abstrato, seja tutelada pelo direito objetivo, a sua postulação é incomportável.

É evidente e inegável que o direito objetivo não confere ao autor-apelante a faculdade de exigir dos réus apelados qualquer indenização por ato ilícito, porquanto essa obrigação é do Estado. Êste sim é que pode, pelo direito regressivo, exigir que o funcionário restitua o que pagou, desde que apurada a existência de culpa.

É claro que a relação jurídica pressupõe de um lado um sujeito que tem direito à prestação obrigacional e de outro, vinculado, um sujeito passivo que é obrigado àquela prestação. Se não há tal filiação, não se pode falar em relação jurídica, entre autor e réu, e, sem relação jurídica, não há que cogitar, de ação.

É o que ocorre. O autor pede ao escrivão indenização por pretendido ato ilícito praticado pelo seu escrevente. Êste é tão funcionário público, quanto o próprio escrivão.

A obrigação de indenizar, conforme o citado artigo 194, é do Estado e não do funcionário. Assim, a ação foi proposta contra quem não tem nenhuma vinculação obrigacional para com o autor, que por isso é carente de ação.

Quanto ao agravo no auto do processo, interposto pela ré está prejudicado, em virtude da decisão definitiva lhe ter sido favorável. Outrossim, embora deva ser confirmada referida decisão, merece, no entanto, ser retificada em sua parte conclusiva, quando julga a ação improcedente, porquanto, na verdade, ocorre ser o autor carecedor de ação.

Goiânia, 23 de maio de 1966.

Paranayba Pirapitinga Santana
Presidente, com voto.

Marcelo Caetano da Costa
Relator

Manoel Amorim Félix de Souza
Revisor

Fui presente:

Romeu Pires de Campos Barros
Procurador-Geral de Justiça.

PROFESSOR PRIMÁRIO — PREFERÊNCIA NA NOMEAÇÃO — PRETERIÇÃO DAS NORMALISTAS

— Lei n.º 2925/59. É antes no interêsse da Administração que do candidato, que a cláusula se acha estabelecida. Tendo o Govêrno optado pelo caminho ilegal, preterindo as normalistas, estas adquiriram direito à nomeação compulsória, já que as vagas eram bastantes para atender à pretensão delas. Onde alguns têm preferência, não pode haver arbítrio na escolha.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Mandado de Segurança n.º 348

Relator: Desor. Clenon de Barros Loiola

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança número trezentos e quarenta e oito (348), da Comarca de Catalão, em que são Requerentes Wilma Terezinha Gomes Barbosa e outras e Requerido o Estado de Goiás:

Acorda o Tribunal de Justiça, sem divergência de votos, conhecer do pedido e, por maioria, conceder a segurança requerida.

Votaram vencidos os Exmos. Senhores Desembargadores Renato Coêlho, Emílio Fleury de Brito, Paranayba Pirapitinga Santana e Romeu Pires de Campos Barros. Custas "ex-lege".

Wilma Terezinha Gomes Barbosa, Maria Lúcia Rezende, Lucy Evangelista Sampaio, Maria Consolação Cerqueira Neto e Maria Circe Pires, residentes e domiciliados em Catalão, impetram segurança, contra atos do Senhor Governador do Estado, para lhes ser garantida a preferência a que se refere o art. 3.º da Lei estadual n.º 2.925 de treze (13) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e nove (1959) do seguinte teor:

"Art. 3.º — Os professôres normalistas terão preferência para ocupar as cadeiras vagas no magistério primário, ou ocupadas por professôres sem estabilidade.

"Parágrafo único — A nomeação a que se refere êste artigo far-se-á por indicação do Secretário de Estado da Educação e Cultura, ou mediante despacho do Governador do Estado, em requerimento do interessado".

Dizem as impetrantes que, sendo normalistas, com diplomas registrados na Secretaria de Educação e Cultura do Estado de Goiás, e satisfazendo as exigências daquele diploma legal, requereram sua nomeação para cargos vagos de professôres primários da cidade de Catalão, juntamente com outras colegas, mas não foram atendidas, embora tenha havido nomeações em massa, sendo contempladas as seguintes leigas: Dalva Rosa Badico e Lúcia Helena de Paula, para o Grupo Escolar "Rosentina Santana e Silva"; Maria Lúcia Ribeiro e Maria Emídio Evangelista, para o Grupo Escolar "Pio Gomes"; Benedita Cândida de Faria para o Grupo Escolar "R. Moreira"; Aparecida de Goiá Silva, Maria de Fátima Felipe,

Carmélia Pereira Borges e Deusalina Rosa Mesquita e Maria L. Pereira, para o Grupo Escolar "Wilson B. Lima", todos de Catalão.

Não obstante notificados os Senhores Governador do Estado e Secretário de Estado da Educação e Cultura, tardaram as informações solicitadas, e só após o prazo legal foram juntas, por linha, aos autos.

Informa o Chefe do Executivo que as professoras nominalmente citadas na petição das impetrantes foram nomeadas para cargo de Professor de Escola Isolada, cujo provimento independe da exigência do curso Normal, segundo as leis 5.000, de quatorze (14) de novembro (11) de um mil novecentos e sessenta e três .. (1963), e 5.842, de oito (8) de julho (7) de um mil novecentos e sessenta e cinco (1965).

Nada menos de três (3) diplomas legais tratam inteiramente da materia objeto da Lei 2.925/59 que, assim, está tàcitamente revogada. Ademais, a nova Constituição Federal não mais permite nomeação em caráter interino.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, chamada a opinar, manifesta-se pelo conhecimento e indeferimento da segurança, embora entenda que se feriu o direito de preferência das Impetrantes, pois não houve revogação tácita da lei em que se baseia a pretensão dessas normalistas; todavia, em face do direito nôvo, que não admite nomeação em caráter interino, houve perecimento do direito das Impetrantes já que o Writ só foi requerido dia dezenove (19) de maio (5) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), quatro (4) dias após a entrada em vigor da nova Constituição do Estado. Pelos documentos de fls. quarenta e dois (42), quarenta e três (43), quarenta e quatro (44), quarenta e cinco (45) e quarenta e seis (46) se verifica que em oito (8) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), antes das nomeações impugnadas, a Delegada Regional do Ensino Primário em Catalão, encaminhou à secretaria de Educação os requerimentos onde postulavam as impetrantes nomeação para cargos de **Professor Primário**. Nesses requerimentos, Wilma Terezinha Gomes Barbosa (fls. 42) (quarenta e dois) e Lucy Evangelista Sampaio, (fls. 43) (quarenta e três) fizeram referência expressa à lei 2.925, de treze — novembro — cincoenta e nove (13-11-59).

Segundo dispõe o parágrafo único do art. 3.º da lei estadual n.º 2.925, de treze (13) de novembro (11) de um mil novecentos e cincoenta e nove (1959), far-se-á a nomeação das normalistas: a) por indicação do Secretário de Estado da Educação e Cultura; b) mediante despacho do Governador do Estado, em requerimento do interessado.

Mas, é de se perguntar: Qual o prazo que têm as interessadas para alegar sua preferência? A lei silencia. É natural, porém, que o Govêrno se oriente pelas normas costumeiras de tôda Administração: o chamamento, através de edital, de todos os interessados, para manifestarem sua pretensão, em prazo certo. Nada disso se fêz, talvez porque o Govêrno entendesse revogada a lei 2.925/59.

A expressão "Professor Primário", usada pelas impetrantes em seus requerimentos, tanto pode significar "Professor de Ensino Primário" como "Professor de Escola Isolada".

O cargo do Professor de Ensino Primário só pode ser provido por pessoa portadora de diploma de normalista, enquando o de Professor de Escola Isolada (cujo quantitativo é bem superior) pode ser ocupado por leigos, segundo testifica a informação do Senhor Governador.

Todavia, a preferência criada pela lei 2925 concerne às vagas no "magistério primário", e a preferência só pode mesmo existir em relação aos cargos para cujo acesso não se faz imprescindível o diploma de normalista.

O fato de haverem as Impetrantes mencionado o cargo de "Professor Primário" não as pode prejudicar, por vários motivos:

1) "Professor Primário designa o professor do magistério primário e não nomenclatura oficial de um cargo;

2) As impetrantes Wilma Terezinha Gomes Barbosa e Lucy Evangelista Sampaio invocaram a lei 2925/59, que atualmente só diz respeito ao cargo de "Professor de Escola Isolada", único que pode ser ocupado por leigo:

3) Essas Impetrantes e ainda Maria Lúcia Rezende concorreram à nomeação para qualquer grupo escolar de Catalão;

4) Ainda que nenhum requerimento tivesse sido feito, lícito era às Impetrantes reclamar, uma vez que o Govêrno não fixou prazo para o direito de preferência, e as nomeações se fizeram à revelia das interessadas normalistas;

5) A normalista Celina Abadia da Rocha, indicada pela Delegada Regional do Ensino Primário, foi nomeada no mesmo decreto em que foram contempladas várias leigas para o cargo de professor de Escola Isolada (D. O. de fls. (22) vinte e dois), do Grupo Escolar "Wilson Barbosa Lima".

Como bem acentua o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, as Leis estaduais 4.240/61, 5.000/63 e 5.842/65 não revogaram implìcitamente a Lei 2.925/59. Para isso, necessário era houvesse antinomia entre o mais antigo diploma e qualquer dos que lhe seguiram, o que não há.

Por outro lado, a Lei 2.925/59 contém disposição que bem pode existir ao lado das que integram as leis que se lhe antecederem. Vem a pêlo à regra do parágrafo 2.º do art. 2.º da lei de Introdução do Código Civil: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Vigorante a norma em que se escuda o pedido das requerentes, qual a sanção que decorreria da ofensa a seu comando?

Criou a lei 2.925/59, em seu art. 3.º, um direito de preferência à nomeação, ou seja uma primazia na disputa com pessoas que não tenham o diploma de normalista.

Vagas haviam, e muitas, no magistério primário de Catalão, e o Govêrno resolvera preenchê-las interinamente, nos têrmos, alás, do parágrafo 2.º do art. 7.º do Ato Complementar n.º 28, de treze (13) de dezembro (12) de um mil novecentos e sessenta e seis (1966).

Êsse provimento a título precário ficava ao arbítrio do Executivo fazê-lo ou não. Ninguém tinha direito ao cargo, evidentemente. Mas, embora o Govêrno não estivesse obrigado a nomear ninguém, tendo deliberado baixar nomeações, uma limitação se impunha à faculdade de escolha: as normalistas tinham preferência — o que já é um direito em relação àquelas pessoas não habilitadas e à própria Administração.

Dois caminhos legais se abriam ao Executivo: um, nomear só normalistas, contemplando ou não as Impetrantes; outro, nomear as normalistas que manifestaram sua preferência, e, após elas, para as vagas excedentes, os leigos.

No entretanto, seguiu-se o caminho extra-legal, o menos indicado pelo interêsse público: Desprezou-se a pretensão das normalistas — para cuja formação o Estado tanto gasta, mantendo ou subvencionando escolas, e nomearam-se leigas.

Transgrediu-se o art. 3.º da Lei n.º 2.925, de treze de novembro de cinquenta e nove (13-11-1959), e olvidou-se no tocante àquelas professôras que vinham lecionando, por designação da autoridade do ensino, aquêle princípio consagrado no art. 163 da Constituição Estadual de um mil novecentos e quarenta e sete

(1947): "O cargo vago de magistério primário, em caráter interino, será obrigatòriamente preenchido pelo substituto que mais tempo haja lecionado".

Ora, atos ilegais não podem subsistir. A preferência dá uma expectativa de direito à nomeação.

Se o provimento, porém, se faz ilegalmente, com preterição do preferente, a reparação se faz com a nomeação compulsória, pois, do contrário, de nada adiantaria a preferência.

O caso se assemelha ao de candidato concursado que pretende nomeação para determinado cargo.

Do concurso — tem-se dito — não resulta direito líquido e certo à nomeação; resulta, sim, uma esperança de direito (apes iuris). Desde o ato de provimento ilegal, porém, surge o direito de nomeação do concursado.

Essa, a tese aceita por êste egrégio Tribunal no Mandado de Segurança n.º trezentos e cinquenta e dois (352), de Ceres, em acórdão de dezoito de outubro de sessenta e sete (18.10.67).

Tendo o Govêrno optado pelo caminho ilegal, preterindo as normalistas, estas adquiriram direito à nomeação compulsória já que as vagas eram bastantes para atender à pretensão delas. Onde alguns têm preferência, não pode haver arbítrio na escolha.

Seja lembrada a seguinte lição do jurista CARLOS MEDEIROS SILVA: "Quando a lei ou regulamento estabelece que o interino, o funcionário de outro quadro, ou o que possua tal ou qual título, tem preferência para a nomeação, é antes no interêsse da administração que do candidato que a cláusula se acha estabelecida". ("Parecer", **in** "Rev. de Dir. Adm." vol. (IV) quatro, pág. (389) trezentos e oitenta e nove.

Dir-se-ia que, em se tratando de provimento a título precário — pois o interino é demissível **ad nutum** — logo depois de cumprida a decisão judiciária, poderá o Executivo exonerar as Impetrantes. A sanção contra a ilegalidade terá funcionado, e isso é que importa ao Poder Judiciário.

O grande argumento de que se lançou mão para barrar a pretensão das Requerentes é o de que tanto a Constituição Federal como a Estadual de um mil novecentos e sessenta e sete proíbem a nomeação em caráter interino.

Sucede que o Ato Complementar n.º 28, de treze de dezembro de um mil novecentos e sessenta e seis (13-12-1966), contém o seguinte:

Art. 7.º — Na Administração estadual ou municipal e nas Autarquias da mesma categoria a primeira investidura em cargo de carreira ou isolado de concurso público, ou de curso de seleção profissional, observada a ordem de classificação".

Ficam excluídos de norma de provimento estabelecida neste artigo os cargos de confiança ou em comissão, bem como as nomeações interinas, limitadas a um ano de duração". A Constituição Federal, promulgada aos vinte e quatro (24 de janeiro (1) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), nas Disposições Gerais Transitórias", em seu art. 173, inciso III, aprovou os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I (Atos praticados pelo Comando Supremo da Resolução de trinta e um (31) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e quatro (1964).

Portanto, as nomeações interinas, realizadas pelo atual Govêrno Estadual, estão de pé até que se complete o prazo de um ano.

As nomeações foram feitas no dia quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967), no caso dos autos, e até o dia quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968), justifica-se a manutenção da interinidade.

A reparação deve retroagir à data dos atos impugnados — quatorze (14) de março (3) de um mil novecentos e sessenta e sete (1967) — e, por isso mesmo, não tem importância o fato de o **writ** ter sido ajuizado em dezenove (19) de maio (5) do mesmo ano, após a entrada em vigor da Constituição Estadual que também proibiu as nomeações em caráter interino.

Líquido e certo o direito das Impetrantes, que poderiam reclamar ainda que não tivessem feito requerimento, uma vez que o art. 3.º da referida lei 2.925 lhes garante a preferência mesmo quando já ocupadas as cadeiras de professor.

Já não pode mais o Executivo voltar à posição anterior, em que lhe era dado prover ou não os cargos e escolher: Cumpre-lhe restabelecer a ordem jurídica violada, o que fará substituindo, por decreto, as leigas pelas Impetrantes.

Decidir de outra maneira levaria a uma situação de amoralidade administrativa, a pretexto de obedecer à Constituição: continuariam em exercício funcionários nomeados ilegalmente, enquanto as preferentes nenhuma reparação alcançariam.

Os ilustres Desembargadores que divergiram da Maioria entenderam, uns, que falta às Impetrantes direito líquido e certo, porque as nomeações se destinaram a cargo de Professor de Escola Isalada; outros, porque a Constituição proíbe nomeações de interinos; e ainda porque não foi apresentada prova suficiente.

Goiânia, sete (7) de fevereiro (2) de um mil novecentos e sessenta e oito (1968).

Manoel Amorim Félix de Sousa, Presidente, com voto. Clenon de Barros Loiola, Relator. Geraldo Bonfim de Freitas. Paranahyba Pirapitinga Santana, Vencido. Fausto Xavier de Rezende. Jorge Salomão. Marcelo Caetano da Costa. Romeu Pires de Campos Barros, Vencido. Em tempo: Os Exmos. Srs. Desembargadores Renato Coelho. Emílio Fleury de Brito e Antônio Diurivê R. Jubé tomaram parte no julgamento, votando vencidos os dois primeiros, conforme consta do acórdão. Data supra. Clenon de Barros Loiola.

VENDA A NON DOMINO — JUSTO TÍTULO — VERUS DOMINUS — RESCISÃO CONTRATUAL

— A venda a non domino produzindo efeitos entre o vendedor e o comprador, em certas circunstâncias constituindo justo título, um dos elementos do usucapião, como não surtindo nenhuma consequência a respeito do verus dominus, não é nula ou anulável e o fundamento de sua rescisão suporta-se tão-sòmente no inadimplemento de uma obrigação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Apelação Cível n.º 4.665

Relator: Desor. Renato Coelho

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 4.665, em que é apelante Pedro Neto Paranhos e apelada Alice Cândida Martins.

Acordam os Desembargadores componentes da 4.ª Turma da 2.ª Câmara, à unanimidade de votos, conhecer do apêlo e lhe negar provimento, para confirmar a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Custas, pelo apelante.

O Dr. Juiz **a quo** ao deslindar a relação processual, fundamentalmente, bem se colocou frente à questão tocante a compra e venda de coisa alheia.

O nosso Código Civil não contém dispositivo algum declarando nula ou anulável esta modalidade contratual, como fazem outros Códigos.

Os tratadistas indígenas dividem-se: uns, considerando o ato concensual, radicalmente inválido, outros, emprestando-lhe tão-sòmente o colorido de anulabilidade.

Carvalho Mendonça, nos tempos das Ordenações, declarava: "É de absoluta necessidade que o vendedor seja proprietário da coisa vendida. Conseqüentemente é nula a venda de coisa alheia, cabendo ao comprador de boa-fé ação para ressarcir as perdas e danos provenientes da inexatidão do contrato". ("Contratos", vol. I, pág. 384).

Dentre outros, Clóvis Bevilaqua e Carvlaho Santos o acompanham. O último, porém, condiciona a nulidade da venda quando sòmente se convencionar a entrega da coisa, escrevendo: "Ao invés será válida a venda, quando o vendedor se obriga entregar a coisa vendida depois de adquirir a probidade da coisa que vendeu, subordinada à condição suspensiva a aquisição da coisa pelo vendedor".

No entanto acentua Sebastião de Souza: "A entrega da coisa, no sistema de nosso Direito, é um ato de execução do contrato e não um elemento de sua composição. A falta de execução pode ter, como consequência, a rescisão do contrato, mas rescisão e nulidade são coisas inconfundíveis na técnica jurídica. O fundamento dessa rescisão não seria o fato de ser a coisa alheia mas inadimplemento de uma obrigação por parte do vendedor (Cód. Civil, art. 1.092, § único), e assim, arremata o citado civilista: "Não é nulo porque produz efeitos entre o vendedor e o comprador e, em certas circunstâncias o contrato respectivo constitui justo título, um dos elementos do usucapião". (Compra e venda, pág.).

Se não é nulo, anulável também não o é, porque a respeito do **verus dominus** nenhum efeito produz, é para êle **res inter alios acta**, podendo o mesmo exercer em qualquer tempo o direito de reivindicar a coisa, ao invés de pleitear a anulabilidade do contrato.

Por conseguinte, a apelada impossibilitada de outorgar a escritura definitiva ante a recusa de sua filha maior, uma das verdadeiras proprietárias, apropriadamente buscou o desfazimento judicial do avençado com o apelante.

Contrato êste, **data venia** da opinião da ilustrada Procuradoria de Justiça, em nada sacrificado perante os contratantes pela carência de subscrição de testemunhas ou de reconhecimento de firmas, pois no âmbito do prescrito no art. 131 do Código Civil, dispondo que "as declarações constantes de documentos assinados, presumem-se verdadeiros em relação aos signatários", as omissões não afetariam o instrumento senão na sua eficácia probatória, o que os litigantes não aventaram. ao contrário, sustentando a autenticidade do pacto levado a efeito por ambos.

Também não discrepa a sentença recorrida isentando a apelada da multa estipulada na cláusula 3.a do contrato.

Malgrado os autos darem a entender que ao apelante não seria possível promover o inventário e partilha do espólio de José Martins da Paixão, já que havia alienado as cessões de direitos hereditários às próprias filhas da apelada, comprometeu-se êle a satisfazer o referido encargo, porém, não o cumprindo nem explicando as dimensões dessa sua obrigação, enfraquecendo assim a escusa de não ter sido tomada, por parte da apelada, a iniciativa de obtenção de autorização para a venda das partes pertencentes às filhas menores, mesmo porque independentemente de tal medida, o inventário e a partilha poderiam levar a cabo, dentro das circunstâncias previstas pelos contratantes, o que seria até de melhor solução.

Ao final, a falta de atuação do órgão do Ministério Público no processo, nos têrmos da decisão, não acarretando nenhum prejuízo aos menores, em nada tocou à integridade do feito que possa ameaçá-lo de omissão fatal.

Goiânia, 6 de junho de 1967.

Paranahyba Pirapitinga Santana
Presidente com voto;

Renato Coelho,
Relator

Fausto Xavier de Rezende

VEREADOR — ELEIÇÃO PARA PRESIDÊNCIA DA CÂMARA —

— Se o impetrante não provou o que alegou, seu direito é contestável e, portanto, não amparável por meio do mandado de segurança, que visa tão-sò proteger direito líquido e certo que tenha sido violado por ato de autoridade.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS

Agravo de Petição n.º 247

Relator: Desor. Fausto Xavier de Rezende

ACÓRDÃO

Vistos, oralmente relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 247 (Mandado de Segurança) da comarca de Posse, em que é agravante Fidêncio Valente e agravado Vitoriano Pereira da Costa:

Acordam os Desembargadores componentes do Tribunal Pleno, sem divergência de votos, conhecer do agravo e negar-lhe provimento, para confirmar a decisão agravada.

Via de seu advogado, o Dr. José Braz Gomes, Fidêncio José Valente, vereador à Câmara Municipal de Posse, impetrou perante o Dr. Juiz de Direito daquela comarca um mandado de segurança contra o ato do sr. Vitoriano Pereira da Costa, também vereador e no exercício do cargo de Presidente da Câmara Municipal, que por fôrça da Resolução n.º 2, de 6-1-1967, elevou-se à Presidência da referida edilidade.

Expõe que eleito pelo plenário, por maioria simples, para o cargo de Presidente da Câmara para o exercício do ano de 1967, a autoridade coatora não reconhece sua eleição, e, tanto assim, que vem impedindo o agravante de exercer legalmente as suas funções, fato êsse que, além de ser uma coação, cerceia os seus legítimos direitos.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações, dizendo que pela sua condição de 2.º Secretário da Mesa em 1966 e, tendo sido reeleito competia a êle, frente ao disposto no art. 4.º §1.º do Regimento Interno, a investidura da Presidência até às eleições da sessão legislativa de 1967. Por fôrça dêsse imperativo legal, foi que assumiu a Presidência para, no tempo próprio, promover a convocação dos vereadores para a eleição da nova Mesa.

Fala mais que, apesar do impetrante fazer uma série de alegações, em verdade, não provou que fôra eleito Presidente do Legislativo de Posse.

Ouvido, o Dr. Promotor de Justiça foi de parecer que se denegasse o mandado de segurança, à míngua de direito líquido e certo do requerente. Em seguida, o juiz sentenciou, indeferindo o "writ".

Não se conformando com o decisório agravou o impetrante com fundamento no art. 12 da Lei n.º 1.533, de 31-12-1951. Recebendo o recurso, o magistrado mandou dar vista ao Dr. Promotor de Justiça, que cantra-arrazoou. Depois, o juiz manteve a decisão agravada, determinando a subida dos autos a esta instância recursal.

Aqui pronunciou-se a respeito o Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral de Justiça, que opinou pela confirmação da sentença agravada. É o relatório.

Alega o agravante que seu direito líquido e certo está no fato de ter sido eleito, por maioria simples, Presidente da Câmara para o exercício de 1967, cuja eleição fôra realizada antecipadamente à época determinada nos artigos 26 e 65 do Regimento Interno da Casa, por conveniência e interêsse do bom funcionamento da Câmara no período de recesso. Apesar de legìtimamente eleito, o agravado, através da Resolução n.º 2, de 6-1-1967 ocupou a Presidência da Casa e está impedindo o agravante de exercer o seu mister. Frisa que o ato do agravado, além de ser uma coação ilegal, cerceia seus direitos de exercer as funções para as quais foi eleito.

Ocorre, porém, que o impetrante, ao requerer o "writ", não provou que fôra eleito efetivamente Presidente do Legislativo de Posse. O agravado afirma que tal eleição não se realizou e junta como prova de sua assertiva o documento de fls. 52, que diz que, nos livros de atas da Câmara Municipal, não há nenhuma ata que dê "notícia de que houve no presente exercício eleição para a formação da Mesa diretora da Casa". Onde, pois, o direito incontestável do agravante que nem sequer provou a sua condição de Presidente do Legislativo?

De modo que o impetrante formulou uma alegação que não conseguiu provar. Por conseguinte, o direito por êle argüido não é líquido e nem certo, não passando de uma questão de fato sujeita ao contraditório da prova. Assim sendo, não podia êle recorrer ao mandado de segurança, que visa tão-só proteger direito líquido e certo que tenha sido violado por ato de autoridade.

Custas pelo agravante.

Goiânia, 31 de maio de 1967

Everardo de Souza
Presidente

Fausto Xavier de Resende
Relator

Jorge Salomão

Marcelo Caetano da Costa

Clenon de Barros Loiola

Hamilton de Barros Vellasco

Geraldo Bonfim de Freitas

Manoel Amorim Félix de Souza