

O DIREITO

REVISTA MENSAL

DE

LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDENCIA

138 — 3

ANNO IV — 1876

(JANEIRO A ABRIL)

E-K
S. T. F.
- PATRIMONIO
06211-7
4/2/7

NONO VOLUME

PROPRIEDADE DE JOÃO JOSÉ DO MONTE.

1.º Embargos infringentes do julgado proferido por tribunal superior são decididos por este.

2.º E' dispensavel a habilitação de herdeiros, quando estes tem comparecido no feito sem contestar a qualidade, que lhes é attribuida.

3.º E' valida, para o effeito de obrigar os immoveis do casal, a procuração passada pelo marido (commendador), e assignada por elle e a mulher.

REVISTA CIVEL N. 8,802.

Recurrentes—Os herdeiros do Commendador Luiz Barboza Madureira.

Recorridos—Antonio Pereira Espinheira & C.ª

Relação da Bahia.

SENTENÇA (FL. 365 v.)

Vistos os autos. Recebo e julgo provados de direito os embargos de fl... para o fim de annullar a acção e sua execução, as quaes têm os seus fundamentos na escriptura de hypotheca a fl... porquanto, sendo a hypotheca uma especie de alienação, e tanto é, que só pôde hypothecar quem pôde alieiar (Lei de 24 de Setembro de 1864. art. 2º § 4º; Consolidação das Leis Civis, art. 1281, not. 1ª, 2ª edição), não podia ser ella feita sem o expresso consentimento da mulher do alienante, não se podendo provar senão por escriptura publica, ou procuração publica, sob pena de nullidade; e nenhum effeito de tal contracto pôde resultar como expressamente dispõe a Ord. Liv. 4º Tit. 48 princ.; Borges Carneiro, Direito Civil, Tomo 2º Tit. 12 § 120, ns. 1, 2, 19, 23, 25, e 35.

Se, pois, a procuração para a hypotheca de fl... foi escripta pelo devedor alienante da propriedade do engenho Pedras, com o numero de 103 escravos, e apenas assignada por sua mulher, como se vê do corpo da mesma procuração, é consequencia juridica, que esta simples assignatura não constitue o expresso consentimento da mulher, nem a escriptura publica com que se deve provar nos precisos termos da citada Ordenação.

E se isto procede ácerca da alienação da referida propriedade, tambem milita sobre os escravos hypothecados com ella, em numero apenas de 103; porquanto, nos termos do art. 2º § 1º e art. 4º § 1º da Lei 1237 citada, os escravos e animaes adherentes ás fabricas de assucar são accessorios das mesmas fabricas, e contemplados tão immoveis como o mesmo prin-

cipal; sem o que não podião ser hypothecados, como o são em virtude da dita lei.

Além disto, nenhuma outra prova ao menos existe que possa certificar que a mulher do alienante expressa e voluntariamente concorrêra com a sua assignatura constante da referida procuração; pois o reconhecimento, feito por tabellião, das firmas da procuração está por tal modo, que se torna impossivel e inverosimel quando se attender que, sendo a procuração passada aos 26 de Junho de 1863, o reconhecimento, que só podia ser feito na mesma data ou depois della, consta de sua data que o fôra aos 19 do dito mez e anno; e esta circumstancia provada muito concorre para duvidar-se da veracidade desse documento, em que unicamente se basêão as nullas acção e execução.

A allegação dos embargados fundada na Ordem de 30 de Março de 1849, art. 8º, é manifestamente improcedente; porquanto, o direito que assiste ás mulheres e viúvas dos condecorados nella declarados, é o de fazerem de seu proprio punho e assignarem suas procurações, e uma simples assignatura da mulher neste caso especial, em que a lei exige a prova de escriptura publica ou procuração publica para sua validade, jamais se póde considerar o instrumento exigido pela mesma lei, que tão solicita se mostra em beneficio da mulher casada, cuja fragilidade póde facilmente ser illudida pelo marido.

Portanto, se nulla é a escriptura de alienação dos mencionados bens, por se basear na insufficiente procuração de fl. não podia produzir ella effeitos validos, ou a acção hypothecaria, da qual resultou a presente execução; sendo ambas nullas de direito, como ficão julgadas.

Paguem os exequentes as custas, em que os condemno.

Maroim, 4 de Março de 1874. — *Francisco Gonçalves Martins.*

PROMOÇÃO DO PROCURADOR DA CORÔA (FL. 405 v.)

Os embargos de nullidade de fl. 345, oppostos á execução dos julgados de fs. 102 e 122, confirmados pelos acordãos de fs. 141 v. e 145, parece que não devião ser, como forão, julgados pelo Juiz de Direito da comarca de Maroim, em vista do disposto na Ord. do Liv. 3º Tit. 17 § 12, Pereira e Souza, nota 886, e a pratica de julgar, visto serem os ditos embargos infringentes desses julgados, e terem por fim annullar a acção como a execução.

Os mencionados embargos devião ser remettidos a este tribunal para delles conhecerem os mesimos Juizes assigna-

tarios dos julgados de fis. 141 e 145, dos quaes apenas se acha no caso o Sr. Desembargador Jorge Monteiro, que entra no julgamento em vista da nova distribuição que se fez do feito, e por isso entendo que pôde ter lugar o julgamento pelos Juizes que se seguem pela distribuição feita.

Sobre a materia dos embargos reservo-me para dizer na discussão o que entender de direito.

Bahia, 15 de Setembro de 1874.—*Almeida Couto*.

1º ACORDÃO (FL. 406 v.)

Acordão em Relação, etc. Que julgão nulla a sentença de fl... , que conheceu dos embargos de fl... ; porquanto, sendo estes infringentes do julgado, era incompetente o Juiz, que a proferio na execução, annullando, para delles conhecer (Ord. Liv. 3º Tit. 87 §§ 7 e 12, Pereira e Souza not. 886, e pratica de julgar), quando os devêra directamente fazer subir ao superior que o havia proferido.

E tomando conhecimento dos referidos embargos, os desprezão por sua insubsistente materia ; porquanto, não exigindo a Ord. Liv. 4º Tit. 48 senão outhorga da mulher, nenhuma outra clausula, a procuração de fl... era sufficiente para obrigar quaesquer bens de raiz, razão efficiente della ; e nem procede a averbação de illegitima pela simples assignatura da mulher, porquanto não só a hypothese da Ordem de 30 de Março de 1849 não tem applicação não se tratando de viuva, como que a mulher casada, representada como é pelo marido na constancia do matrimonio, considera-se com elle personificada, para que o acto de ambos se repute particular de cada um, uma vez que por ambos se mostre assignado.

E portanto, desprezados os embargos, mandão que se prosiga na execução ; e paguem os embargantes as custas.

Bahia, 18 de Setembro de 1874.—*Vasconcellos*, Presidente.—*Domingues do Couto*.—*Jorge Monteiro*.—*Felipe Monteiro*, vencido.—Fui presente, *Almeida Couto*.

EMBARGOS (FL. 409).

Por embargos ao venerando acordão de fl. 407 dizem Manoel Rolemberg Accioli de Madureira e outros, contra Antonio Pereira Espinheira & C.^a, o seguinte, nos melhores termos de direito :

E. S. N.

1.º P. que o dito acordão, julgando nulla a sentença appellada por incompetencia do Juiz que a lavrou, em razão de serem infringentes de julgados superiores os embargos pela mesma sentença, decididos a reformou pelos fundamentos que se achão no mesmo acordão. Mas, salvo o respeito devido :

2.º P. que a Ord. Liv. 3.º Tit. 86 § 12 dá ao Juiz da 1.ª instancia a faculdade de conhecer dos embargos oppostos á execução, sem limitação de serem ou não infringentes do julgado; e foi portanto assim autorisado que o Juiz de Direito da comarca de Maroim conheceu dos embargos, dando appellação, como prescreve a mesma lei.

3.º P. que o Juiz da execução, assim julgando, usou da competencia que a lei lhe dava, sendo que em casos identicos já este egregio tribunal, porque os Juizes não decidem embargos semelhantes, tem, se não nos falha a memoria, mandado voltar processos á 1.ª instancia, para que elles os julguem, dando de suas decisões os competentes recursos. Mas o mesmo acordão, tomando conhecimento dos embargos, os desprezou, porque não exigindo a Ord. do Liv. 4.º Tit. 48 senão outhorga da mulher, sem nenhuma outra clausula, a procuração de fl. . era sufficiente para obrigar quaesquer bens de raiz, razão efficiente della; e que nem procede a averbação de illegitima pela simples assignatura da mulher, porquanto não só a hypothesis da Ordem de 30 de Março de 1849 não tem applicação não se tratando de viuva, como que a mulher casada, representada como é pelo marido na constancia do matrimonio, considerara-se com elle personificada, para que o acto de ambos se repute de cada um, desde que por ambos se mostre assignado.

4.º P. que, se se tratasse de viuva, por certo que só seria legitima a procuração no caso sujeito, se fosse escripta e assignada pela viuva, se seu marido não tivesse, como não tinha o finado commendador Luiz Barboza Madureira, privilegio de assignar procuração por outrem escripta.

Como, pois, póde ser válida a procuração, sendo esta escripta pelo marido, e só assignada pela mulher; procuração em que o marido dá poderes á si proprio?

5.º P. que essa Ordem não derogou a lei geral, nem a podia derogar, tanto mais que ella é especial ao mandato para recebimento de dinheiro dos cofres publicos, e não abrange portanto os actos de venda, hypotheca e outros.

6.º P. que (fallando-se respeitadamente) na constancia do matrimonio em certos actos não é a mulher representada pelo marido, nem todos os actos, una vez que sejam assignados por ambos, se tornão legaes. É assim que, se a procuração

fosse escripta por terceira pessoa, e assignada pelo marido e pela mulher, não se poderia dizer legal, porque a esse respeito a lei quer o consentimento expresso da mulher por *escriptura publica*; é acto positivo e especial da mulher, o qual não se comprehende na procuração de fl., escripta pelo marido, como se presume, e na qual elle se constitue procurador.

7.º P. que nem essa procuração se póde reputar a escriptura publica exigida pela Ord. Liv. 4.º Tit. 48, escriptura publica em que a mulher obraria livremente, escriptura publica exigida pela dita Ordenação para que a mulher assignando-a saiba o que faz, e isso porque na propria expressão da lei as mulheres, por medo ou reverencia aos maridos, deixão casualmente passar algumas cousas, não ousando contradize-los pelo receio de algum escandalo e perigos que lhes poderião vir.

Essa escriptura publica não é, nem podia ser, a procuração escripta pelo marido e dada á mulher para assignar, procuração vaga, como é a de fl. 37, sem declarar qual era o contracto, quaes as condições com que devia ser feito, qual o debito, qual o premio, etc.

8.º P. que, á respeito de venda de immoveis e hypotheca, a lei não considera a mulher identificada com o marido, para que o acto de um se repute de outro, nem o acto de ambos se repute particular de cada um.

O acto de ambos só se póde reputar de cada um quando é feito conforme a lei; por exemplo, se o marido tivesse outhorga da mulher por escriptura publica, para fazer a escriptura que nessa outhorga fosse especificada com todas as suas circumstancias. Além disto;

9.º P. que no processo são interessados menores, que tiverão um curador á fl. 186, mas este nunca officiou nos autos (ut fls. 200, 204 e 229); e assim como, morrendo o pai dos embargantes em 5 de Dezembro de 1872, como consta da certidão fl. 309, nenhuma habilitação se fez, dando-se assim mais essa nullidade. Portanto:

10º P. que, não procedendo pelo que fica exposto os fundamentos do venerando acordão, devem ser recebidos e julgados provados os presentes embargos, para ser o mesmo accordão reformado, confirmando-se a sentença da 1ª instancia, e condemnados os embargados nas custas. — P. P. N. N. E. C.

Bahia, 2 de Outubro de 1874. — *Manoel Pedro Morcira de Vasconcellos*.

IMPUGNAÇÃO (FL. 412).

No final dos embargos de fl. 345 os embargantes pedem que seja julgada nulla a acção, e a presente execução, por se basearem ellas em titulos evidentemente nullos (ut fl. 346 v. *in fine.*)

Esses titulos, aos quaes os embargantes alludem, outros não são, nem podem ser, senão as questionadas escripturas de debito com hypotheca de fis. 32 a 37 v. e a procuração transcripta no respectivo traslado de fl. 36 *usque* fl. 37 tanto assim é, que a sentença appellada de fl. 365 v. só se refere a taes titulos e, considerando-os nullos, passou a annullar (tão somente por isso) a acção e a pendente execução, em 4 de Março de 1874, quando foi datada a mesma sentença de fl. 365 v.

Alli, nesses seus embargos intempestivos de fl. 345, nem em outra qualquer parte dos autos, não suscitaram os embargantes a menor questão acerca de serem representantes e successores de seu fallecido pai, o commendador Luiz Barboza de Madureira; pelo contrario, como taes se dão, reconhecem-se e declarão-se no 10 artigo (fl. 346) desses seus embargos de fl. 345 e consta de fl. 330, 396 e mais dos autos.

Ora, fazendo elles proprios certa a sua qualidade de filhos legitimos do casal hypothecante ou alienante (fl. 346), e de successores de seu finado pai, o reterido commendador Luiz Barboza de Madureira, desnecessaria e ociosa se tornava a sua habilitação formal.

Accresce que, em virtude do requerido na petição de fl. 238, os embargantes forão intimados pelas preatorias de fis. 241 a 299, posteriormente á morte de seu pai, para verem passar em julgado a sentença de fl. 229, que julgou a reforma dos autos desencaminhados, articulada á fis. 190 e 191 v, e não oppozérão cousa alguma á taes preatorias, não obstante ir declarada nellas a sua qualidade de filhos e herdeiros do mesmo fallecido commendador, vindo por isso a passar em julgado aquella sentença de fl. 229 *usque* fl. 232 v, e tornar-se evidente que os embargantes erão, e são de facto e de direito, filhos legitimos e successores do dito commendador. Já, desde a petição innicial de fl. 5 v., foi declarado que os embargantes erão filhos legitimos do mencionado commendador, o que nunca contestarão, nem negarão até agora; pelo contrario ficou reconhecida a sua qualidade de filhos pela sentença de fl. 109 v. que os acordãos de fis. 141 v, e 145 confirmarão, condemnando os embargantes conjunctamente com o dito seu pai, a pagar aos autores embargados, Antonio Pereira Espinheira, & C.^o, o pedido no seu libello de fl. 25.

Ainda mais occorre, e convem ponderar, que naquelle libello forão comprehendidos os embargantes com o referido seu pai na qualidade de co-réos e de unicos representantes do casal devedor; e que só muitos annos depois de condemnados todos elles por aquella sentença fs. 109 v., e referidos acordãos, é que veio a fallecer o dito commendador pai dos embargantes, segundo vê-se da data da nesma petição de fl. 5 v. e do respectivo libello, fl. 25, confrontados com a certidão de obito, á fl. 309 v. a qual mostra ter fallecido elle em 5 de Dezembro de 1872, e consequentemente dias depois da sentença de fl. 229, que reformou os alludidos autos extraviados no correio.

Em vista de tudo isso, e quando alli está á fl. 238 a petição dos autores embargados, onde pedem que aquella sentença de fl. 229 seja intimada aos embargantes, uma vez que era fallecido o dito seu pai; e de facto, tendo sido intimados elles por meio dos mandados e precatorias de fs. 241 a 299 v. para todo o requerido na mencionada petição de fl. 238, isto é, para verem passar em julgado a dita sentença de fl. 229, e para verem proseguir-se nos demais termos da execução, então parada por morte do referido seu pai: como, e com que fundamento vemos os embargantes agora (fl. 410) pretender, e sustentar que se tornava necessaria a habilitação formal delles proprios—com o fallecimento do mencionado seu pai, co-réo naquella acção de fs. 5 v. e 25?

Da Ord. Liv. 3º Tit. 82 princ. combinada com a do Tit. 27 § 2º, e mesmo do art. 404 do Reg. Com. n. 737, se infere e vê-se, que ella considera feita a habilitação logo que os herdeiros são citados para proseguir nos termos da causa que corria com o morto; e citados forão elles para isto, como vê-se de fl. 238 e 239.

Portanto, em relação aos embargantes, dispensavel, senão ociosa, era e é a lembrada habilitação formal, nos termos da de fl. 301, conforme parece que exigem os embargantes á fl. 410.

Se ainda assim restasse duvida sobre a filiação e successão dos embargantes, isto é, só porque não se procedeu á essa formal habilitação, ella desapareceria de todo desde que se attender que os Embargantes são os proprios a considerar-se habilitados successores de seu finado pai; e a prova disto está no pedido que fizerão elles nos ditos embargos de fl. 345.

De outro modo não se poderá explicar por que pedem elles a nullidade daquella acção de fl. 25 no seu todo, assim como da presente execução, e não da parte somente que lhes diz respeito!!

A leitura das respostas de fls. 317 v., 364, e fl., fará conhecer que o curador *ad litem* officiou por uma e mais vezes nos presentes autos: e portanto é também sem fundamento essa outra arguição, que os embargantes fazem no 9º artigo de seus embargos de fl. 410.

Outrosim é de todo improcedente e contraria ao disposto no Art. 16 do Decreto n. 5456 de 5 de Novembro de 1873, a affirmativa competencia do Juiz *a quo* para apreciar, conhecer e decidir os intempestivos embargos; pois já esse art. 16 derogou a Ord. Liv. 3ª Tit. 87 § 12, que á fl. 409 invocarão os embargantes para sustentar a competencia do prolator da sentença recorrida de fl. 365 v.

Quanto á arguida invalidade da procuração transcripta de fls. 36 v. a 37, também não têm razão os embargantes; pois já em caso identico decidio o Supremo Tribunal de Justiça ser valida e legal uma procuração nos termos desta de fl. 36 v., conforme vê-se do respectivo acordão transcripto na inclusa certidão n. 1, já em outra época sustentou isto o illustrado patrono ex-adverso, segundo mostra a certidão ora junta sob n. 2, e é o que se infere do que diz Moraes Carvalho no § 147 e outros de sua *Pratica Forense*.

Se ainda alguma duvida restasse a semelhante respeito, ella de todo se dissiparia em vista da procuração, que vai em seguida sob n. 3, na qual constituirão o commendador Luiz Barboza Madureira e sua mulher para seu procurador o embargante Manoel Rolemberg Accioli Madureira: confessarão a existencia daquella escriptura de debito e hypotheca de fl. 32 v. á 37 v., e o autorisarão a reformal-a.

Ainda que porém valida e legal não fosse semelhante procuração de fl. 36 v., nem por isso viria a ficar sem vigor a respectiva escriptura na parte relativa ao debito constituido por meio della; pois o marido não precisa de outhorga da mulher para contrahir qualquer emprestimo, e constituir-se devedor com responsabilidade de seu casal, o que é intuitivo, e não menos o principio de que o instrumento nullo por falta de alguma solemnidade para constituir algum contracto especial, valerá como titulo de divida, é o argumento deduzido da Ord. Liv. 4ª Tit. 82 § 1º e Reg. n. 737, art. 692.

Assim, se eu vendo o que me não pertence e na escriptura respectiva declaro que recebi a importancia da coisa vendida, embora venha depois um terceiro, no character de legitimo dono della, a invalidar a mesma escriptura, ou o respectivo contracto, nem por isso deixo de ficar responsavel e obrigado a restituir a importancia recebida (Ord. Liv. 3ª Tit. 45 § 3º). D'onde se segue que, ainda quando a de fl. 32 não fosse va-

lida na parte relativa á hypotheca, nem por isso viria a ficar sem vigor no concernente ao debito nella confessado ; porém sempre responsavel o casal do confitente, o respectivo signatario, que no caso vertente vem a ser, e é, o commendador Luiz Barboza Madureira ; por cujo contracto são responsaveis seus successores e representantes (Coelho da Rocha, § 231 e 248, Loureiro, §§ 119 e 20 ; Ord. Liv. 1º Tit. 88 § 4º ex-argumento ; Proc. Orphan. § 74, nota 134.)

Quanto á época em que forão oppostos os embargos de fl. 345, vierão elles ja estando findos os seis dias subseqüentes á penhora de fl. 190 v., e já delles lançados os embargantes com o dito seu pai, o commendador Luiz Barboza Madureira, que, por sua parte, oppondo embargos contra a dita penhora de fl. 190 v., dos mesmos decahira, conforme articularão os embargados nos artigos de reforma de autos fl. 190, *usque* fl. 191, e comprovárão, obtendo que fossem julgados procedentes e providos os ditos artigos pela sentença de fl. 229.

D'onde se segue que já os embargantes não os podião offerrecer, em face do que dispõe a Ord. Liv. 3º Tit. 86 § 1º *in fine* ; e como intempestivos que são taes embargos, delles não se deve tomar conhecimento, nem se póde.

Por todos estes fundamentos, e ainda mais pelos já expostos no venerando acordão de fl. 407, que são assáz justos e juridicos, e como taes subsistentes, em nada abalados pelos embargos de fl. 409, merecem ser desprezados estes, ou que de taes embargos não se tome conhecimento, e os embargantes condemnados nas custas, para o fim de ficar subsistindo o dito venerando acordão de fl. 407, e de proseguir a presente execução seus ulteriores termos, como esperão e pedem os embargados exequentes Antonio Pereira Espinheira & C.ª— *Solt. Just.*—E. C.

Bahia, 17 de Outubro de 1874.—*José Fabião Dalto Barreto,*

SUSTENTAÇÃO (FL 429).

Parece que o novo patrono dos embargados (cuja letra apparece em cotas marginaes) ficou assáz incommodado com a falta de habilitação, que se nota no processo, e por isso muito se occupa della.

Pois então porque os embargantes na 1ª instancia não suscitárão essa questão, estavam tolhidos de o fazer perante este tribunal ?

Dar-se-ha caso que, morta uma das partes litigantes, póde ser válido o processo que se faz sem a habilitação dos herdeiros?

Porque pela petição fl. 238 foram por precatorias intimados os embargantes para verem passar em julgado a sentença fl. 229, que julgou a reforma dos autos em 26 de Novembro de 1872, tendo fallecido o pai dos embargantes em 5 de Dezembro desse anno, será valioso quanto se processou dessa data em diante, e positivamente de 30 de Maio de 1873, em que á fl. 238 se pedio precatorio para intimação da dita sentença?

Quem foi o intimado?

Os embargantes como co-réos na acção, porque forão accionados conjunctamente com seu pai depois da morte de sua mãe.

Mas, morto o pai, quem por esse lado o ficou representando? Dir-me-ha o illustrado patrono adverso, que os mesmos embargantes.

Mas poderia correr o processo sem habilitação, que é o modo legal de substituir pelos vivos a parte fallecida?

Não haveria imperiosa, e legal necessidade de uma sentença, que assim o declarasse?

Os embargantes estão no processo na dupla qualidade de herdeiros de sua mãe, tendo sido accionados conjunctamente com seu pai, e na de herdeiros deste, depois do seu obito, e para isso era indispensavel habilitação formal.

Não nos parecem serios os argumentos, que se fazem com as Ords. Liv. 3º Tit. 27 § 2º, e Tit. 82 princ. Ellas são bem expressas na exigencia de habilitação, e não podem ser sophismadas.

Nem tambem é aproveitavel a citação do art. 404 do Reg. Com., que além de ser especial para as causas commerciaes, e nenhuma applicação ter aos processos civeis, como é este, não diz o que se pretende á fl. 414 v.

Esse artigo não determina que se considere feita a habilitação, logo que os herdeiros são citados para proseguirem os termos da causa.

Quando a habilitação é intentada pelos herdeiros do fallecido, basta que estes, fazendo certo por documentos legaes o obito e a sua qualidade de herdeiros legitimos ou necessarios, juntem nova procuração, e fação citar a parte contraria para a renovação da instancia. Ora, isso não se deu, porque os embargantes nunca se apresentarão pretendendo habilitação.

No caso contrario, quando a habilitação é promovida pelo contendor que está vivo, é precisa para ella citação pessoal (art. 406).

Em um e outro caso são necessarios artigos e provas ; mas em caso nenhum se diz que se considere feita a habilitação, logo que os herdeiros são citados para proseguir nos termos da causa, e não é por illações e supposições que se pôde julgar alguém habilitado em um processo, sendo que não existe essa citação para vêr proseguir nos termos da causa, e apenas para vêr passar em julgado a sentença da reforma, que posto fosse publicada em 28 de Novembro de 1872 (ut fls. 232 v.) todavia, fallecendo o pai dos embargantes em 5 de Dezembro, para com elle estava perempta a instancia, e não era possível que sem habilitação estivesse promovendo o adiantamento do processo, como se vê á fl. 235, para em 30 de Maio de 1873. (ut fl. 238) se requerer que fossem os embargantes citados para vêr passar em julgado uma sentença dada contra um defunto.

Assim, para se entender dispensavel, senão ociosa, como querem os embargados, a habilitação dos embargantes, era preciso julgar-se dispensavel e ociosa a disposição da lei.

De haverem os embargantes pedido a nullidade da acção e da execução, segue-se por ventura que não houvesse necessidade de habilitação, ou que esta se podésse dispensar ?

Creemos que esse argumento é perfeitamente fragil, porque os embargantes desde o começo de sua opposição que clamão contra a nullidade da escriptura de hypotheca por falta de procuração legal, e isso mesmo antes de se fallar na falta de habilitação; e sendo por isso nulla a escriptura, base da acção, nulla seria esta, e consequencia uecessaria era a nullidade da execução.

É de admirar como os embargados, que não poderão responder á nullidade resultante da falta de audiencia do curador fossem, cogitar á fls. 307 v. e 364 para dizerem que elle officiou por uma e mais vezes.

Attenda-se porém como os embargados tentão illudir a questão.

A' fl. 307 v. officiou o curador na habilitação dos filhos do tenente-coronnel João Gonçalves de Siqueira Maciel. E por occasião de tratarmos disso, se os embargados acharão necessaria a habilitação desses herdeiros, como dizem que era dispensavel e ociosa a dos embargantes como successores do Commendador Luiz Barboza Madureira ?

Á fl. 364 officiou o curador antes da decisão de fl. 366, de cuja appellação se trata. Fizerão bem os e mbargados de

chamar a atenção para essa promoção, na qual o curador, contra seu dever e sua dignidade, desprezou o interesse dos menores para fallar contra elles, e defender a causa dos embargados.

Mas, perguntamos ao patrono dos embargados; foi o curador citado á fl.204 v. para ver jurar testemunhas? Não. Fallou o curador antes de se pôr a causa em prova á fl. 200? Não. Officiou á fl. 229 antes da sentença á fl. 229? Não. E não era necessario que elle interviesse em todos esses actos? E a sua não intervenção não é motivo de nullidade?

Talvez que o patrono adverso diga que tudo isso era dispensavel e ocioso!

Quanto á faculdade que tinha pela Ord. do Liv. 3º Tit. 87 § 12 o Juiz da 1ª instancia para conhecer e julgar os embargos, dando os recursos competentes, se diz revogada pelo Decr. n. 5456 de 5 de Novembro de 1873.

Não sabemos que o Poder Executivo possa derogar uma lei, e portanto para nós a Ordenação está em todo o seu vigor: e nem o patrono dos embargados será capaz de sustentar o contrario, sob pena de pretender aniquilar todo o direito publico, e particularmente o do Imperio.

Os embargados, entrando na questão da procuração fl. 36 v. escripta pelo conjuge, que deu poderes a si mesmo, mandando sua mulher assignar o mandato, que na melhor e na mais favoravel hypothese não poderia ser escripto por outrem, assignado por ella, e menos por seu marido, constituindo-se elle mesmo procurador; os embargados, entrando na apreciação desta questão, forão procurar documentos para mostrarem que caso identico já foi decidido, e que nesse processo foi defensor o Advogado que tem a honra de estar agora fallando a este respeitavel tribunal.

Lembro-me bem desse pleito. Mas os embargados, para guardarem coherencia, deverião ter tirado certidão da procuração com que foi feita a escriptura, em lugar de juntarem os embargos que fizemos por parte de João Cerqueira Lima, Embargos que não explicão a questão, e que só servem de mostrar o autor delles, e não se dava caso de pretenderem fazer uma censura por agora sustentarmos uma opinião, que elles entendem ser contraria á do processo findo.

Pois enganão-se palmarmente. Se quizessem ser leaes, se tirassem certidão da procuração, havião de vêr a differença que ha entre ella e a de fl. 36 v. A procuração, com que o marido de D. Maria Marcolina de Queiroz Neves assignou a hypotheca, foi uma procuração feita por Tabellião, na qual foi o marido constituido procurador com todos os poderes

especiaes e illimitados para o contracto: foi justamente a outhorga expressa, e por escriptura publica exigida pela Ord. Liv. 4° Tit 48 princ.

Tem isso por ventura alguma semelhança com a procuração fl. 36 v., escripta pelo marido, assignada pela mulher, e na qual o mesmo marido se constitue procurador, para obrar discripcionariamente?

Que valor juridico e applicação pôde ter o doc. fl. 427?

Se com essa procuração não foi assignada a hypotheca, se é até muito posterior, como se a offerece para mostrar sua validade?

E os poderes conferidos para reformal-a não significão alguma cousa contra esses premios, essas capitalisações, pelas quaes se fundio o casal dos pais dos embargantes?

E porque motivo apparece semelhaute documento em poder dos embargados, que devol-o-hião restituir, logo que não teve offeito?

E quaes serião as razões por que se tentou reformar a escriptura?

No receio de que a hypotheca não seja valiosa, ou antes na tacita e implicita confissão de que não o é, dizem os embargados que o marido não precisava de outhorga da mulher para contrahir dividas, e que, se não vale a hypotheca, vale a confissão do debito.

Mas não é essa divida uma cousa simples—forão onerosos immoveis—, o que não podia fazer o marido sem outhorga da mulher.

E demais, não se pôde reconhecer uma divida cujo titulo é nullo, uma divida tão onerosa, como a dessa escriptura, contrahida tambem em nome da mulher sem outhorga legal.

Deixamos de responder ao que se pondera na impugnação, que os embargos não se podião ter offerecido por já terem passado os seis dias da penhora.

Isso era cousa, de que os embargados devião ter interposto o recurso proprio.

Demais, já nas razões de fl. 395 mostrámos que a sentença nulla nunca passa em julgado, e que em todo tempo é permittido fazer-lhe opposição.

Nestes termos, esperam os embargantes que sejam recebidos seus embargos e julgados provados, para ser confirmada a sentença da 1ª instancia, e revalidar-se semelhante hypotheca, na qual nem se declarou o nome dos escravos, dizen-

do-se apenas serem 103 (ut fl. 34), condemnados os embargados nas custas. — *Soliti Just.*

Bahia, 23 de de Outubro de 1874. — *Manoel Pedro Moreira de Vasconcellos.*

PROMOÇÃO DO PROCURADOR DA CORÔA (FL. 433).

Ainda estou considerando na competencia deste tribunal para conhecer dos embargos de fl. 345, apesar do que em contrario foi allegado nos embargos de fl. 409, reconhecendo-se todavia que aquelles embargos são infringentes de julgados deste superior tribunal.

A Ord. Liv. 3^a Tit. 87 § 12 tem sido sempre entendida pelo modo por que declarei em meu officio de fl. 405 v., e em apoio dessa minha humilde opinião citarei a de notaveis juriconsultos como sejam Mendes, Cabedo, Barboza e Moraes, invocados pelo não menos notavel juriconsulto Pereira e Souza na nota citada 886 ao § 459 de sua importante obra Prim. Linhas do Proc. Civ— Diz este parographo: « O Juiz executor póde conhecer dos embargos do executado, ou remettel-os aos Juizes que dérão a sentença. »

Na referida nota, porém, diz esse insigne mestre, citando os juriconsultos já referidos, o seguinte: « Esta escolha, porém, não tem lugar, e é absolutamente necessaria a remessa, primeiro, dos embargos oppostos, não á execução e modo della, mas á mesma cousa julgada. »

E é o que se verifica na hypothese dos autos, porque os embargos de fl. 345 têm por fim annullar os julgados, assim como a execução.

Esta tem sido sempre a jurisprudencia adoptada por este superior tribunal, conhecendo sempre elle de embargos semelhantes, e creio que tambem tem sido essa a jurisprudencia dos demais tribunaes; tanto que o Decreto n. 5456 de 5 de Novembro de 1873, no art. 16, a consignou como doutrina verdadeira e corrente.

Sobre o mais dos embargos reservo-me para na discussão dizer o que achar de direito.

Bahia, 3 de Novembro de 1874. — O Desembargador Procurador da Corôa, *Almeida Couto.*

2^o ACOREÃO (FL. 435 v.)

Acordão em Relação, etc. Sem embargo dos embargo de fl. ..., que não recebem porque não destruirão os fundamen s

tos do acordão embargado, cumpra-se o mesmo acordão sendo os embargantes condemnados nas custas.

Bahia 5 de Fevereiro de 1875.—*Vasconcellos*, Presidente.—*Domingues do Couto*.—*Jorge Monteiro*.—*Felippe Monteiro*, vencido.—*Fui presente*, *Almeida Couto*.

O Supremo Tribunal de Justiça, por decisão unanime de 7 de Dezembro de 1875, denegou a revista, por não haver injustiça notoria, nem nullidade manifesta.—Relator, o Sr. Ministro Leão.—Revisores, os Srs. Ministros Barboza e Villares.

-
- 1.º Conciliação deve-se fazer com o nomeado á autoria?
 - 2.º Inimigo capital não é o que move acção que não versa sobre a maior parte dos bens do contendor, e pôde, portanto, ser testemunha contra este.
 - 3.º Questão possessoria.

REVISTA CIVEL N. 8,820.

Recorrente—*José Francisco Dias Arouca*.

Recorridos—*Antonio da Costa Pinto e sua mulher*.

Relação da Côrte.

RAZÕES (FL. 172).

Antes de entrarmos na materia do presente litigio, cumpre-nos chamar a attenção do julgador para a manifesta nullidade que resulta dos autos pela falta de conciliação intentada com o réo, nullidade que não obstante não ter sido reconhecida pela decisão de fl., que rejeitou a excepção de fl., não estamos inhibidos de novamente allegar nas presentes razões, e ser tomada em consideração pelo meritissimo Juiz.

Se ha palpavel differença entre o chamamento á autoria e a nomeação á autoria, como se vê das Ords. Liv. 3º Tit. 44 e Tit. 45 § 10, e Ramlho, Praxe Foren. § 252;

Se no primeiro caso não precisa intentar-se a conciliação (com o chamado a autoria) por ter sido ella intentada com o verdadeiro senhor da cousa demandada, que chama a outro