

vigencia da lei n. 1.237 de 24 de setembro de 1864, art. 5 §§ 1.º e 2.º, a qual neste topico não foi alterada pelo Cod. Civil (Cousas, § 183 e n. 6).

Assim, si, em caso de hipoteca, nem mesmo o dono de boa fé póde pretender o direito de retenção por bemfeitorias uteis, menos ainda o poderá o de má fé, a quem a doutrina generalizada, com fundamento no texto expresso dos arts. 517 e 547, nega até o direito de ser indenizado.

Respondemos, pois, aos dous itens da consulta:

Ao 1.º — O meio juridico é o da imissão de posse, com fundamento na carta de arrematação e mandado judicial contra o depositario.

Ao 2.º — Aos terceiros, de boa ou de má fé, não é licito reter casas e bemfeitorias, sob pretexto de prejuizos suscetiveis de indenização.

E' o que pensamos e submetemos á emenda dos doutos.

II

LITISCONSORCIO NECESSARIO PASSIVO

Depara-nos a hipótese em questão um caso genuino e tipico de litisconsorcio necessario passivo.

Litisconsorcio necessario se diz aquele em que a unidade da questão ou caráter da comunhão de interêsses implica a unidade processual, força o chamamento de todos os interessados e dá á sentença eficacia contra todos, na intervenção ativa, passiva, ou ativa e passiva ao mesmo tempo.

Tratando-se de uma ação de investigação de paternidade ilegítima, cumulada com a de petição de herança e intentada contra os herdeiros do pai suposto, não seria possivel conceber pudesse a sentença julgar em um sentido em relação a alguns herdeiros e julgar em sentido inverso ou deixar a controversia indecisa em relação aos outros.

O caso é manifestamente de litisconsorcio necessario passivo, em que a incindibilidade da questão juridica em debate

géra a incindibilidade do processo e impõe uma só sentença para todos.

Embora moderna na sua construção científica ou sistematica, a teoria de litisconsorcio, nos lineamentos basicos e nas applicações práticas, sempre foi conhecida e obedecida na jurisprudencia e na doutrina dos processualistas; sempre foi conhecida e obedecida, porque assenta em regras e razões irreductiveis de logica e de justiça.

Ela está, em seu esboço estrutural, no art. 61 do reg. 737 de 1850. João Monteiro sumulou-a, ainda que imperfeitamente, na sua *Teoria do Proc. Civ. e Com.*, § 54. Na propria Italia, onde, no dizer de Castellari, a lei não contém disposições sobre sua natureza, condições e efeitos, o instituto tem recebido applicação completa e tem-se aperfeiçoado, graças a alguns preceitos esparsos, á elaboração profunda dos mestres italianos e ao trabalho contínuo dos juizes e tribunais (Cluck: *Pandectas*, ap. aos §§ 75-752).

No litisconsorcio necessario, o chamamento ou citação de todos é condição impreterivel de validade do processo.

Na causa em consulta dá-se o que se dá nas ações divisorias. A instancia tem de se abrir entre todos, sob pena de nulidade — *inter omnes dandus est; alioquim inutiliter datur*, diz Paulo.

*Quando l'azione tende al mutamento di un rapporto o stato giuridico UNO, essa non può proporsi se non di fronte a tutti i participi del rapporto o stato: perché ciò che esiste come UNITA' composta di piú, non può cessare di esistere come unitá se non rispetto a tutti: la sentenza che opera il mutamento deve operarlo per tutti i componenti, altrimenti inutiliter datur. Ad esempio: l'istanza per la divisione deve proporsi in contraddittorio ai tutti i coeredi o condomini (Chiovenda: *Diritto Processuale Civile*, 3.^a ed., pag. 53. Mortara: *Procedura Civile*, III, n. 438 e seg. Vita Levi: *Della Communione dei Beni*, n. 984).*

A herdeira O, filha legítima do pai suposto do autor, não foi citada pessoalmente para a causa, senão apenas na *pessoa*

de seu marido; o que acarreta a nulidade visceral do feito, nulidade de pleno direito, que pôde ser arguida por qualquer forma e em qualquer tempo, por quem quer que tenha interesse em sua declaração, independente de prova de prejuizo.

A citação pessoal no início da causa, como princípio e fundamento do juizo, é formalidade substancial do processo.

Não se pôde dizer que, na conjuntura, foi suficiente a que se realizou na pessoa do marido da herdeira; não só porque, tratando-se de ação real, como é a de petição de herança, e pedindo-se nela a reivindicação de um acêrvo em que ha imóveis, devia a mulher ser citada diretamente (Cod. Civ., *art.* 235), senão também porque a citação na *pessoa do marido*, nos casos em que a mulher deve ser chamada em pessoa, é uma forma insolita, que não preenche os fins e exigencias da lei.

A falta de citação da herdeira O, que a tanto equivale a citação na fórmula em que se efetuou, anula o feito em relação a todos os litisconsortes, dada a razão de inquebrantabilidade e integridade necessaria da relação processual.

Suposto se ache a causa limpa de senões de fórmula e hajam sido citados regularmente todos os réos, não me parece tenha havido, no caso, a confissão do réo *M. J.* e, quando tivesse havido, ela não poderia prejudicar, nem o confidente nem os seus litisconsortes.

Da exposição da consulta resulta que, no atestado que forneceu, não teve nem podia ter tido o dr. *M. J.* a *intenção* de confessar.

Ora, o *animus confitendi* é elemento essencial da confissão; deve ser positivo, inequívoco, *livre*, isto é, determinar-se com conhecimento de causa e impulso da vontade, ao intento de fornecer prova ao adversario (*Reg. 737, art. 155* Lessona: *Teoria Delle Prove. I, n. 427*. João Monteiro: *cit.* § 144).

Logo não houve confissão. Aí não seria possível enxergar senão uma simples presunção.

Mas, que tivesse havido; ela seria inoperante, porque, na relação de litisconsorcio necessario, a confissão de um dos in-

teressados não póde prejudicar aos outros litisconsortes nem determinar, por si só, que a sentença nela se funde.

Está prescrito em canon geral no art. 161 do reg. 737.

E' da lição pacifica dos grandes interpretes, entre os quais, Lessona, que, depois de haver referido o preceito das ordenanças germanica e austriaca, segundo o qual, a confissão não faz prova contra os consortes da lide, acrescenta: «*Nella legisla-*

zione nostra — come nelle altre a tipo latino — non é sistematicamente ordinato il litisconsorzio, quindi l'ipotesi non é contemplata. Ma presso di noi vi é una giurisprudenza concorde nel sostenere, che queste confessioni non nuocciono ai condebitori e correi. Chi confessa non é la parte, non é chi dispone del diritto proprio: né i condebitori hanno confessato (Ibid., n. 419).

E da autoridade insuperavel de Chiovenda: «*Se tutti i litisconsorti riconoscono un fatto e uno lo contesta, il fatto dovrà esser provato, e se non sarà provato non può esser ammesso di fronte a nessuno. Se un litisconsorte giura affermando e l'altro negando, il fatto deve esser provato rispetto a quest'ultimo, e così nei casi affini.*

La confessione, il giuramento del litisconsorte non perde efficacia rispetto a lui, ma non può determinare la sentenza se non quando il fatto influente sia provato rispetto agli altri: nel frattempo il litisconsorte é vincolato dal proprio atto e non può piú contestare il fatto controverso che ha riconosciuto (Ibid., pag. 1.091).

E' precisamente o que acontece com marido e mulher, na hipótese de demanda sobre bens de raiz, em que o depoimento de um não prejudica o outro, porque assim como um não póde alienar nem fazer contratos sem consentimento do outro, tambem se não podem prejudicar por meio de depoimento (Ramalho: *Praxe: not. b ao § 181*. Moraes Carvalho: *Praxe Forense, ed. Levindo, § 414 e not. 291*).

Em consequencia, si a pretendida confissão não póde fazer prova contra os outros litisconsortes, tambem não o póde contra o proprio confitente, vista a unidade da relação em controversia e da sentença que a deve julgar.

Pelos expostos motivos, respondemos afirmativamente á primeira questão proposta e negativamente á segunda:

- a) — E' juridica a defesa da ré d. O, pleiteando a nulidade *ab initio* de todo o processo, em relação a todos os réos, por falta de sua citação pessoal no comêço da causa.
- b) — Mesmo, porém, houvessem sido regularmente citados todos os réos, no início da causa, ainda assim não poderia a confissão de um deles sem a dos outros prejudicar a estes, ou ao proprio confitente.
Salvo melhor juizo.

III

LITISCONSORCIO CRIMINAL COAUTORIA — CUMULAÇÃO DE AÇÕES — NULIDADE DE PROCESSO

Não se trata, na hipótese da consulta, nem de coautoria nem de conexidade.

Trata-se de delitos que, embora da mesma natureza ou especie, foram cometidos por pessoas diferentes, em épocas diversas; de delitos, portanto, autonomos, de infrações independentes, constituindo cada qual uma entidade á parte.

A coautoria presuppõe um só crime praticado por varios agentes, congregando e reunindo em uma só figura todos os elementos de um mesmo fato; pelo que nunca seria possivel enxergá-la na ocorrencia de fatos distintos.

A conexidade exige uma ligação tão íntima, um liame tão estreito, uma dependencia tão direta entre delitos cometidos por um ou mais delinquentes, que fôrça é submetê-los á mesma jurisdição e julgamento, afim de se evitarem os perigos de decisões contraditorias, de quebrantamento das provas e de sacrificio da defesa; pelo que jamais seria possivel imaginá-la e justificá-la em casos em que um não decorre do outro, em que a defesa não teria menos largueza separado um do outro e em que a disjunção processual não poderia ser causa determinan-