

Da sua legitimidade expressivo é o voto do Min. ALIOMAR BALEEIRO, em assentada de julgamento no Pretório Excelso, ostentando como válido, inclusive, a própria exigência do "QI" do candidato, levando-se em linha de conta à natureza específica do cargo disputado pelo respectivo candidato (RTJ 57/721).

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem admitido a legitimidade e constitucionalidade do "exame psicotécnico", mesmo após a realização das provas de competição ("Rev. Dir. Pub." 20/240).

7. O Colégio Judiciário fluminense, mais comedidamente, pelos precedentes invocados pelos impetrantes e seus coadjuvantes litisconsorciais, tem se conduzido por reputar ilegal a eliminação do candidato, por consequência negativa ou não recomendável do "exame psicotécnico", não como requisito pré-inscricional — como na hipótese —, mas como condição de habilitação do candidato (MS 28.043 — Des. ROQUE BATISTA e MS 27.911 — Des. MARY JUNIOR).

Portanto, as hipóteses dantes enfrentadas pelo Colégio Judiciário local não se paragona com o posicionamento dos suplicantes destes autos.

8. Não preenchendo, assim, os requisitos pré-concursais, nos precisos termos das normas genéricas da competição — fls. 57-58 —, evidentemente, não revestem as condições básicas para participarem da competição, da qual foram conseqüentemente afastados, carecendo de direito líquido e certo à obtenção da ordem mandamental.

Desinfluentes, sem dúvida, como bem realçou a douta Procuradoria da Fazenda, as postulações supervenientes ao aforamento da impetração, dos petitórios de fls. 68, 73 e 79, por delirar do objeto primacial da impetração. Nem a segurança comporta o conflito probatório.

9. Somos, assim, pela denegação da segurança e conseqüente diluição dos efeitos das liminares sensatamente deferidas.

Niterói, 29 de maio de 1974.

ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA
Procurador da Justiça

N.º 34.751 (Mandado de Segurança) de Niterói. Impetrantes: JOSÉ MARIA DA COSTA e OUTROS (Adv. Aloysio Neves). Impetrados: EXMO. SR. SECRETARIO DE ADMINISTRAÇÃO e SR. DIRE-

TOR DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESTE ESTADO (Adv. Edson Afonso Guimarães). "EMENTA: Mandado de Segurança. Exame psicotécnico Art. 97, § 1.º da Constituição Federal. Não há confundir com prova o pré-requisito ou condição pré-concursal devidamente previsto em lei ou em preceitos normativos de caráter geral e impessoal. Art. 4.º, § 1.º DE n.º 13 652 de 24-10-68: conhecimento prévio pelos candidatos ao concurso. O exame psicotécnico é específico, isto é, para determinada função, e não genérico, isto é, para qualquer função. Segurança indeferida — CONCLUSÃO — "ACORDAM, por unanimidade de votos, os Juizes que compõem o Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar a segurança Niterói, 10 de julho de 1974. (aa) Itabaiana de Oliveira, Presidente. Rodrigues Silva, Relator". DJ — 30/7/74 — p. 2

CONCUBINÁRIO DO TESTADOR: NÃO PODE SER NOMEADO HERDEIRO OU LEGATÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES

GENTES NA APELAÇÃO CÍVEL N.º 78.265

Embargante: G. F. G.

Embargado: S. M. L.

PARECER

Nos termos do art. 267 do Código Civil dissolve-se a comunhão matrimonial de bens: I) pela morte de um dos cônjuges; II) pela sentença que anula o casamento; III) pelo desquite. No caso de desquite, somente o decretado por sentença (art. 322); ou quando amigável, o homologado devidamente (art. 318), pois outro desquite não conhece a lei. Sem homologação não há desquite amigável. O v. acordam embargado, *data venia*, confunde a irretratabilidade de acordo de desquite, com a eficácia desse acordo no sentido de dis-

solvar a sociedade conjugal e pôr termo ao regime matrimonial de bens. A homologação do desquite não é um ato meramente formal, mas constitutivo de um novo *status*. No desquite amigável tem-se um ato complexo que, nas palavras de NICOLA STOLFI, “receve vita solo quando sia intervenuta l’omologazione”. É com a homologação que surge o desquite. A lei quis a homologação precisamente como ato constitutivo, pois de outro modo não se compreendia que o exigisse para uma manifestação de vontade revelada e reiterada pessoalmente pelos cônjuges perante o Juiz. Se a simples manifestação da vontade perante o Juiz consumasse o desquite, a que viria a homologação posterior? E a lei é expressa: Dar-se-á o desquite... devidamente homologado. É pela homologação que se dará, é a homologação que convoca uma situação querida pelas partes, em uma situação reconhecida pela lei. Diz PONTES DE MIRANDA: “A sentença, em ação de desquite amigável, é *constitutiva negativa*. Com forte efeito executivo” (*Com. no C.P.C.*, 2.^a ed., v. 8, p. 271). E como afirma esse mesmo jurista: “Morto um dos cônjuges extingue-se a pretensão ao desquite e, pois, a ação” (ed. ib, p. 111). Certo, portanto, *data vênia*, o ilustre desembargador PEDRO DE LIMA ao negar efeito a acordo não homologado nem sequer na primeira instância por ter ficado paralisado o processo de desquite até a morte do marido; e ao repelir, em consequência, a conclusão de carência da ação adotada pela maioria da e. 4.^a C.C.

Certo também, a meu ver, o voto vencido ao julgar procedente a ação, por ser nula a instituição da concubina como herdeira do testador casado.

Não se pode ter dúvida que em face da lei brasileira vigente, o legado ou a herança do testador casado à sua concubina são nulos, *pleno jure* (arts. 1.719 e 1.720 do Código Civil).

Com essa nulidade a lei quis resguardar o decoro, os bons costumes, a família legalmente constituída. Inspirou-se em altos interesses morais, que o concubinato do homem casado conspurca da maneira mais grave. Esta é a lei, da qual o Juiz pode discordar, mas à qual ele não pode negar acatamento e atuação. Não preponderou nenhuma razão patrimonial, pois no sistema do Código a disposição da metade dos bens do testador — em si mesma — não ofende a instituição da família, nem os direitos que lhe são essenciais. Razões de ordem pública é que ditaram os arts. 1.719 e 1.720 acima citados.

Certíssimo o egrégio OROZIMBO NONATO:

“Se é casado (o testador) a defesa dos bons costumes e dos superiores interesses da família levou o legislador a estabelecer a incapacidade da comborça para receber em testamento”

(Estudos Sobre Sucessão Testamentária, v. 2, p. 58, n. 427).

E o eminente MARIO GUIMARÃES, em acórdão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, referindo-se aos arts. 1.719 e 1.720 do Código Civil:

“Esta é a nossa lei. Motivaram-na razões de ordem pública, quais sejam a condenação do adultério, a estabilidade do lar, a conservação da família. Leis estrangeiras que acaso a infringam não podem ser aplicadas entre nós. Testamentos que a desatendem são nulos” (ac. unânimes, *Rev. dos Trib.* v. 142, p. 191).

Nas palavras do mais autorizado comentador do Código Civil, o egrégio CLOVIS BEVILAQUA: “as disposições em favor das pessoas mencionadas nos artigos 1.718 e 1.719 são radicalmente nulas (art. 145, v.), por serem infração de lei de ordem pública” (*Cód. Civ. Anot.* 10.^a ed., v. 6, p. 139). E o ilustre J. M. CARVALHO SANTOS: “a nulidade da disposição que contrarie os arts. 1.718 e 1.719 é evidente, porque o ato feito em tais condições constitui infração de lei de ordem pública” (*Cód. Civ. Int.*, v. 24, p. 67).

E tal nulidade que se inclui no art. 145, V do Código Civil, pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (art. 146).

Insista-se:

Antes de dissolvida a sociedade conjugal o concubinato do homem casado é adultério; conseqüentemente cai, pela letra e pelo espírito, na proibição do art. 1.729, III do Código Civil a nomeação de herdeiro ou legatário à concubina do testador casado e não desquitado. Nem se diga que os novos tempos exigem menor sensibilidade moral e maior complacência com as relações sexuais livres. O último ante-projeto do Código Civil mantém, no art. 2.009, III, a proibição de nomear-se herdeiro ou legatário o concubinário do testador ao tempo da vigência da sociedade conjugal se aberta a sucessão ao testador sobreviver o cônjuge ou algum filho do casal. E a sociedade conjugal, no citado ante-projeto só termina ou pela morte ou pela nulidade ou anulação do casamento ou pelo desquite judicial ou amigável (art. 1.763).

Sou, em conseqüência, por que se recebam os embargos nos termos do voto vencido.

Rio de Janeiro, 12 de junho de 1973.

ARNÓBIO TENÓRIO WANDERLEY
9.º Procurador da Justiça.