

Revogado o legado e reconhecida a caducidade da substituição, os apelados receberão, livre de qualquer encargo, o valioso prédio doado à *Academia*, e, com isso, se terá frustrado o principal e verdadeiro móvel da liberalidade, que foi conseguir um editor de alta reputação para a obra literária e a própria sobrevivência desta, mercê, quicá, do prestígio cultural da instituição à qual ela ficaria vinculada de qualquer modo.

Ainda recordando ensinamento de DANZ, tem-se como certo que "o juiz deve resolver as dificuldades penetrando fielmente no pensamento fundamental do testador, tomando em consideração tôdas as circunstâncias que possam ter pesado sobre o seu espírito no momento de testar e tendo presente tudo o que o testador, em face de tudo isto, possa ter querido ou não querido".

Ora, observado esse critério, o que resulta demonstrado, sem possibilidade de contestação, é que a única solução que logo se apresentaria ao espírito do testador como inaceitável seria a que conduzisse a atribuir à apelada o valioso imóvel doado à *Academia*, evidenciada a vontade, por êle manifestada claramente, de excluí-la, como de fato a excluiu, da sua sucessão, com a distribuição a terceiros de todo o seu patrimônio.

Referindo-se ao modo não cumprido e suas conseqüências, CARLOS MAXIMI-

LIANO, apoiado em BORLAND que, por sua vez, invoca nove decisões judiciais, assim conclui: "Sobreleva a tudo a vontade do testador: se este previu a falta e dispensou o castigo da nulidade, ou fixou outra pena, a deixa prevalece; pratica-se o determinado pelo *de cuius*" (*Dir. das suc.*, II, página 274, n.º 842).

Ora, se assim é, no presente caso, o que se constata é que o "de cuius", embora podendo, não estabeleceu a cláusula resolutória expressa, nem qualquer outra sanção, inclusive para a demora no cumprimento do encargo, não só a evidenciar o alto aprêço em que tinha a legatária, como também o verdadeiro móvel do legado, que era o de honrar a memória do testador, com a colaboração, com o trabalho, com o prestígio da *Academia*, à qual não impôs qualquer prazo, dada a própria natureza do encargo.

Portanto, que se cumpra a vontade do morto, que se respeite o que o "de cuius" determinou, que o legado feito à *Academia* não passe à propriedade e posse de parente do testador que este deliberadamente excluiu de sua sucessão; que o legado continue com a legatária que, com tardança ou sem ela, está satisfazendo os encargos que oneram a liberalidade.

Ciente. — Rio de Janeiro, 10 de março de 1970. — *Arnobio Tenorio Wanderley*, 9.º Procurador da Justiça.

Jurisprudência Criminal

ADMISSÃO DE UM RECURSO POR OUTRO — "VOLUNTAS LEGIS" — APOSTAS PROIBIDAS SOBRE CORRIDAS DE CAVALOS

Recurso em sentido estrito. Apostas proibidas sobre corridas de cavalos.

Teoria da admissão de um recurso por outro, que os processualistas alemães denominam do "tanto faz" (Sowohl-als-auch-theorie) e os italianos de conversão dos recursos (conversione delle impugnazioni).

Modernamente, é a voluntas leg-

gis e não a mens legislatoris que o intérprete deve inquirir.

O Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, revogou o art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, e ripristinou o art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que está em vigor, não havendo sido abrogado pela Lei n.º 1.508, de 1951, cujo procedimento especial, que prevê, não tem aplicação à con-

travenção de apostas proibidas sobre corridas de cavalos.
Conhecimento e provimento do recurso.

Tribunal de Alçada da Guanabara

(Segunda Câmara Criminal)

RECURSO CRIMINAL N.º 34

Wilson Francisco Costa e Hercílio Latino *versus* Juízo da 18.ª Vara Criminal.

Relator: Dr. Jorge Alberto Romeiro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito n.º 34, em que

Wilson Francisco Costa e Hercílio Latino e, como recorrido, o Juízo da 18.ª Vara Criminal:

Por ocasião do julgamento dos recorrentes, o doutor juiz *a quo* anulou o processo a partir de seu recebimento do Distribuidor (fls. 18v.), a fim de ser seguido, em juízo, o rito da Lei n.º 1.508, de 19-12-1951, por entender que a contravenção de venda proibida de apostas sobre corrida de cavalos devia ser capitulada no art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 10-2-1944, e não, como fôra, no art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais.

Dessa decisão interpuseram os recorrentes recurso em sentido estrito (fls. 42), admitido pelo doutor juiz *a quo* com o seguinte despacho:

"Recurso em sentido estrito, com apoio, embora a petição de fls. 42 seja omissa, no art. 581, inciso XIII.

A rigor, *ex vi legis*, deveria formar-se o instrumento.

Todavia, tendo em vista o que dispõe o art. 583, III, e para obviar as possíveis marchas e contramarchas, recebo o recurso no auto" (fls. 45).

Alegando que o recebimento do recurso nos autos prejudicava o anda-

mento do processo, pediu o Ministério Público reconsideração do despacho, que foi mantido.

Reclamou, então, desse indeferimento, encontrando-se em apenso os autos da reclamação que tomou o n.º 2, e, como preliminar, no presente recurso, requereu, ainda, o Ministério Público a cassação do despacho que lhe determinou a subida nos autos e não por instrumento, a fim de evitar prejuízo na tramitação do processo em primeira instância.

Envolvendo o exame da preliminar o mérito do recurso, concomitantemente com a apreciação deste é dada solução àquela, ficando prejudicada a reclamação em apenso.

Não há falar, na hipótese, em vigência do art. 60 do Decreto-Lei n.º 5.259, de 10-2-1944, como fez a decisão recorrida.

Anteriormente a esse Decreto-lei a contravenção atribuída aos recorrentes era prevista pelo art. 50, § 3.º, letra "b", de Lei das Contravenções Penais, *in verbis*:

Art. 50 — Estabelecer ou explorar jôgo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem êle:

Pena — prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

.....
 § 3.º — Considera-se jôgos de azar:

.....
 b) as apostas sobre corrida de cavalos fora do hipódromo ou de local onde sejam autorizadas.

Este artigo foi revogado com a publicação do Decreto-Lei n.º 6.259 de 1944, que invoca a decisão recorrida e rezava nos arts. 60 e 74, o seguinte:

Art. 60 — Constituem contravenções, puníveis com as penas do art. 45 (um a quatro anos de prisão simples e multa de cinco mil a dez mil cruzeiros), o jôgo sobre corridas de cavalos, feito fora do

hipódromo, ou da sede e dependências das entidades autorizadas, e as apostas sobre quaisquer outras competições esportivas.

Art. 74 — Revogam-se as disposições em contrário.

Todavia, posteriormente, foi publicado o Decreto-Lei n.º 9.215 de 30-4-1946, estatuinto:

Art. 1.º — Fica restaurada em todo o território nacional a vigência do art. 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais (Dec.-Lei n.º 3.688, de 2-10-1941).

Art. 2.º — Esta lei revoga os Dec.-leis n.º 241, de 4-2-1938, n.º 5.189, de 15-12-1942, e número 5.192, de 14-1-1943, e disposições em contrário".

Em face do art. 1.º desse Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, parece inexistir quaisquer dúvidas quanto à revogação do art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, na parte referente a jôgo sobre corrida de cavalos, feito fora do hipódromo ou da sede e dependências das entidades autorizadas, pela ripristinação, *apertis verbis*, do art. 50, § 3.º letra "b", da Lei das Contravenções Penais, que passou, novamente, a vigorar.

Entende, contudo, a decisão recorrida que tal não ocorreu, porque "a letra "b" do § 3.º do art. 50 da L. C. P. não constitui figura penal autônoma; é norma meramente explicativa, no passo que o art. 60, do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, é norma penal autônoma, direito especial e, assim, não foi revogado pela repressão genérica "revogam-se as disposições em contrário", contida *in fine*, no art. 2.º do Decreto-Lei 9.215, de 1946, como pretendem os defensores da vigência da letra "b" do § 3.º do art. 50 da L. C. P. O art. 60, do Decreto-Lei 6.259, de 1944, como direito especial, só poderia ser revogado expressamente como, em relação aos Decretos-leis 241, de 1938, 5.089, de 1942, e 5.192, de 1943, fez o aludido art. 2.º, do Decreto-Lei 9.215, de 1946".

Argumenta, ainda, a decisão recorrida que, após a vigência do Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, "a Lei 1.508,

de 1951, fez expressa referência à contravenção definida no art. 60 do Decreto-Lei 6.259, de 1944, *in verbis*: "Regula o processo das contravenções definidas nos arts. 58 e 60 do Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, art. 1.º. O procedimento sumário das contravenções definidas nos arts. 58 e seu § 1.º e 60 do Decreto-Lei 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, podem ser iniciadas por auto de flagrante, denúncia do M. P. ou portaria da autoridade policial ou do juiz" (fls. 52).

São invocados, ainda, para lastro da conclusão a que chegou a sentença recorrida, por seu prolator e pelo representante do Ministério Público, signatário das razões de fls. 48 e 49, dois acórdãos: — um do Tribunal de Alçada de São Paulo (*in* Wilson Busada, *Contravenções Penais*, São Paulo, 1956, n.º 245, págs. 137/8) e outro do Supremo Tribunal Federal (*in* Revista Forense, vol. 175, Rio, 1958, pág. 302).

Data venia, nenhuma precedência tem os argumentos da decisão recorrida.

Como já acentuado acima, o Decreto-lei n.º 9.215, de 1944, declarando, *apertis verbis*, que ficava "restaurada em todo o território nacional a vigência do art. 50 e seus parágrafos da Lei das Contravenções Penais" (art. 1), não se limitou somente a revogar o art. 60 do anterior Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, por força do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código, *in litteris*:

"A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declarar, quando seja com ela incompatível ou quando regule interiormente a matéria de que tratava a lei anterior";

mas ripristinam, também, o art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, como se impunha para a vigência deste, de acordo com o § 3.º do citado art. 2.º da mesma lei, sobre direito intertemporal, *in verbis*:

"Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a sua vigência".

Demais, desconhece a nossa Lei de Introdução ao Código Civil qualquer distinção entre "figura autônoma" e "norma meramente explicativa", para os efeitos de revogação da lei no tempo e admite a revogação tácita (veja-se o § 1.º do art. 2.º, acima transcrito), não havendo, assim, falar da necessidade de o Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, inserir, no seu art. 2.º, expressa alusão ao art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, abrangido, aliás, pela cláusula final do mesmo artigo: — "e disposições em contrário".

De nenhuma relevância, ainda, a circunstância de a posterior Lei n.º 1.508, de 1951, haver se referido, — *en passant* e evidentemente por equívoco, — ao revogado art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, ao invés do ripristinado art. 50, § 3.º, letra b, da Lei das Contravenções Penais.

Trata-se de lei processual, adjetiva, sem força para, em tão gritante conflito de leis, alterar a de direito material, cuja aplicação apenas lhe incumbe, com relações jurídicas de natureza diferente.

Por esse motivo, aliás, o *usus fori* sempre enjeitou a aplicação do procedimento especial, previsto pela Lei n.º 1.508, de 1951, à contravenção de apostas proibidas sobre corrida de cavalos, considerado letra morta, relegado à necropsopia legal.

Como, em frase célebre, disse, muito bem, Von Hering (*A luta pelo Direito* — Trad. de João Vieira de Araújo, Recife, 1885, pág. 41): — "uma norma legal que nunca esteve em vigor ou que perdeu a sua força não merece mais esse nome, é uma roda gasta, que não serve no mecanismo do direito, e que se pode destacar sem lhe desarranjar em nada o movimento geral do conjunto das funções".

Daí, também, a impossibilidade de exumar-se a referência ao art. 60 do Decreto-Lei n.º 6.259, de 1944, feita pela Lei n.º 1.508, de 1951, contra as forças vivas do Direito, palpitanes na vigência do art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais.

O acórdão citado pelo Ministério Público, do Tribunal de Alcada Paulista, proferido, com votos divergentes, pela 2.ª Câmara Criminal, na apelação n.º 1.125, acrescenta aos argumen-

tos já refutados da decisão recorrida, o da *voluntas legislatoris*, expressa num dos *consideranda* do Decreto-Lei n.º 9.215, de 1946, no sentido de mirar-se com êle, limitadamente, "às licenças e concessões para a prática e exploração de jogos de azar na Capital Federal e nas estâncias hidroterápicas, balneárias ou climáticas... dadas a título precário, podendo ser cassadas a qualquer momento".

Ora, além de a rubrica do diploma legal focado proibir "a prática ou exploração de jogos de azar em todo o Território Nacional", e haver nos demais *consideranda* referência ampla e genérica a jogos que tais, não colhe mais, hodiernamente, a invocação, da *mens legislatoris* para a exegese das leis, "*ma se deve indagare quale sia la volontà immanente nella legge, le quale una volta creata, esiste in se e per se... Questa concezione... è oggi universalmente ammessa*" (Mario Rondoni, "*Interpretezione della legge*" in "*Novissimo Digesto Italiano*", volume VIII, Torino, 1962, pág. 896).

É, assim, a determinação do sentido objetivo da lei da *vis ac potestas legis*, "destacada do complexo dos pensamentos e das tendências que animaram as pessoas que contribuíram para a sua emanção" (Francesco Ferrara, "*Interpretação e aplicação das leis*" — Trad. de Manuel A. D. de Andrade, São Paulo, 1940, pág. 28), que deve nortear o moderno hermeneuta, pois, com o correr do tempo, conforme bem acentua Francis J. MacCaffrey (*Statutory Construction*, New York, 1963, § 35, págs. 74-75), o testemunho do legislador pode não mais fixar-lhe o sentido (*in the construction of a statute the testimony of members of the legislature wish enacted it will not be considered in fixing its meaning*).

O outro acórdão invocado, do Supremo Tribunal Federal, proferido no *habeas corpus* n.º 30.204, na data remota de 1.º de agosto de 1956, além de não aduzir qualquer argumento em prol de sua conclusão, ficou ali isolado, não ensejando a formação de jurisprudência. "*solus peregrinus*", como bem ressaltou o acórdão desta Câmara proferido na apelação criminal n.º 1.768, da qual foi relator o brilhante e ilustre juiz Oswaldo Goulart Pires, mesmo

porque, na época, por motivos diversos, se encontravam afastados de seus cargos vários ministros, figurando entre eles especialistas na matéria do porte dos ministros Nelson Hungria e Ary Franco (rev. cit., pág. 303).

Inegável, em face do exposto, a vigência do art. 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, resta o exame do acerto ou não do recurso em sentido estrito admitido nos autos.

Embora com o entendimento de capitular a contravenção atribuída aos recorrentes no art. 60 do Decreto-lei n.º 6.259, de 1944, não necessitava o prolator da decisão recorrida anular o processo, como fez, a partir de fls. 18v., uma vez que foi iniciado por auto de prisão em flagrante tal como o previsto pela Lei n.º 1.508, de 1951. O procedimento sumário, previsto pelo Código de Processo Penal (arts. 536 a 538 e 540) observado nos autos, assegura melhor a defesa dos réus que o sumaríssimo da Lei n.º 1.508, de 1951, devendo, assim, ter sido aproveitado como válido, mesmo na hipótese da capitulação impugnada.

Ao prolator da decisão recorrida se impunha, portanto, *ex vi* do art. 383 do Código de Processo Penal, ao invés de anular o processo, proferir sentença definitiva.

Não o tendo feito, entretanto, a admissão do recurso por instrumento iria, como esclarecido no despacho de fls. 45, tumultuar mais ainda a marcha do processo, pois quase concomitantemente com a subida do recurso ou talvez antes, com a observância do rito sumaríssimo da Lei n.º 1.508, de 1951, teria o doutor juiz *a quo* de proferir sentença definitiva, da qual, haveria certamente outro recurso de apelação, que acolhido importaria na anulação de todo o novo procedimento sumaríssimo mandado observar pela decisão recorrida.

Em frente a esses argumentos não há como recusar a aceitação do recurso nos autos, em exame, atendendo à teoria que os processualistas alemães denominam do "tanto faz" (*Sowohl-als-auch-theorie*) e os italianos da conversão dos recursos (*conversione delle impugnazioni*), a qual conforme o art. 579 do nosso estatuto processual penal: — "Salvo a hipótese de má-fé, a parte

não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro".

Indiscutível, no caso, a ausência de má-fé, a admissão do recurso nos autos logrou a finalidade colimada pelo recurso por instrumento, qual a de não atrasar a solução do processo, condição *sine qua* para a admissibilidade de um recurso por outro, segundo o ensinamento de Otto Schwarz (*Strafprozessordnung*, Münche und Berlin, 1960, pág. 417).

"Der erstrebte Erfolg muss mit dem Rechtsmittel möglichst erreicht werden" (O pretendido sucesso deve ser alcançado com o possível recurso).

Ex positis, acordam os Juizes da 2.ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, unânimeamente, em conhecer do recurso e lhe dar provimento, julgando prejudicada a reclamação criminal n.º 2, em apenso, e determinando que o doutor juiz *a quo*, capitulado o ilícito penal atribuído aos recorrentes no artigo 50, § 3.º, letra "b", da Lei das Contravenções Penais, profira sentença no mérito.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 1968.
— Osvaldo Goulart Pires, Presidente.
— Jorge Alberto Romeiro, Relator. —
Epaminondas José Pontes.

Declaração de Voto: Quanto a poder ser uma norma de direito material reformada por outra de direito processual, o simples enunciado já situa a proposição como inaceitável, tendendo para o absurdo.

Tratando das regras processuais, disse PONTES DE MIRANDA que, ao contrário do tratamento estático, reservado às regras de direito material, "nelas, em vez de incidência auto-suficiente, há incidência para a realização de outras regras que incidiram ou têm de incidir" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, art. 1.º, nota 4, no fim). A norma processual supõe, sempre, a incidência anterior de norma de direito material. Não pode, por si só e *indiretamente*, ripristinar lei substantiva revogada e, portanto, revogar lei substantiva vigente. A regra, estaria violada se essa definição não fôsse clara, insofismável. Lei que defina

crime de modo duvidoso não é exequível. Emenda Constitucional, por exemplo, que pretendesse regular o leilão de bens, incluindo expressamente entre os bens escravos, não poderia ser entendida como revogatória da lei áurea, substanciada hoje na garantia constitucional de serem todos iguais perante a lei e no art. 149 do Código Penal, que pune quem reduz outrem à condição de escravo. Seria necessária norma de direito constitucional material, para instituir a escravidão no Brasil e não uma simples norma de direito processual constitucionalizado, que fizesse ressurgir a escravidão *indiretamente*, por necessária interpretação decorrente de ser a norma duvidosa e só por se referir ela a escravos... Quanto a não ser o art. 50, § 3.º, "b", da Lei das Contravenções Penais norma autônoma,

ela é norma completa, porque o branco do *caput* (é proibido o jogo de azar) é preenchido pela referida letra "b": considera-se jogo de azar a aposta sobre corridas de cavalos fora do hipódromo. É como se estivesse escrito: é proibido o jogo de azar consistente em apostas sobre corridas de cavalos fora do hipódromo. Trata-se de norma penal disjunta, que Paoli (*Diritto Penale*, I, nota 13) denominava "norma fragmentária", como está referido por Benjamin Moraes (*Norma Penal* — 1945 — pág. 112). A letra "b" referida não é explicativa, mas complementar, integrativa, funcionando em conjunto com o *caput* do art. 50 da Lei das Contravenções Penais como uma norma só.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 1968.
— Epaminondas José Pontes.